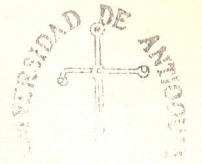


5157
1678



La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad

Mauricio García Villegas*

Instituto de Estudios Políticos
Unidad de Documentación

El concepto de democracia constitucional no puede ser comprendido a cabalidad por fuera de los acontecimientos históricos que le han dado entidad y configuración. La experiencia política ha tenido aquí un papel determinante y su importancia se ha hecho cada vez más palmaria con el paso del tiempo y el avatar de los acontecimientos. En este estudio se verá cómo la democracia constitucional ha nacido de la dialéctica entre el pensamiento y la experiencia, entre el idealismo racionalista y el pragmatismo empírico.

Se mostrará de qué manera, razón y pasión se combinan en una síntesis que nunca se libera de las tensiones propias de los elementos que la componen.

I. El origen conceptual de la tradición democrática

Desde sus orígenes en Grecia, el ideal democrático se ha presentado como un propósito político que consiste en lograr la mayor identidad posible entre los gobernantes y los gobernados.¹ La democracia es el sis-

* Director del Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad de los Andes.

1 La tradición democrática entendida como gobierno del pueblo se remonta al siglo V a.c. con Pericles (*Oración fúnebre*) y con Eurípides (*Las suplicantes*). No faltaron críticas a esta concepción desde sus primeras formulaciones. Estas pueden verse en Aristófanes, Jenofonte (*Memorables*, libro III) y sobre todo en Platón (*La República*, IV. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949). Una propuesta de democracia moderada es desarrollada con gran éxito por Aristóteles (*La Política*, III, V), quien distingue tres tipos de regímenes políticos: monarquía, aristocracia y timocracia (democracia censitaria), con sus respectivas formas degeneradas: tiranía, oligarquía y democracia. Su "Constitución política" intenta conciliar el principio democrático y el principio aristocrático. Esta tradición griega se desarrolla y extiende en el medioevo con Ulpiano (*Digesto*, I, 4, 1) y con Guliano (*Digesto*, I, 3, 32) quienes diferencian entre la titularidad del poder, que pertenece al pueblo, y su ejercicio. En igual sentido, pero con mayor audacia y énfasis, Marsilio De Padua (*Defensor Pacis*). En la modernidad se retoman las divisiones duales para contraponer la república al principado (Maquiavelo) y para resaltar la importancia de los regímenes en los cuales el poder se encuentra repartido entre varios (J. Althusius. *Política Methodice Digesta*).

tema de gobierno en el cual el pueblo (*Demos*) ejerce el poder (*Kratos*) sin limitaciones. Este ideal adquiere la forma política de una democracia directa en la cual el pueblo mismo toma, sin intermediación alguna, las decisiones gubernamentales a las cuales se somete. Las dificultades que presentaba un sistema de poder semejante -relacionadas con la posibilidad de reunir a los miembros del pueblo para que efectivamente tomen la decisión política y con el contenido mismo de tales decisiones- redujeron sus alcances a la condición de mero ideal y en algunos casos de ideal contra-productente y maligno.²

A. Gobierno de hombres o de leyes

Los orígenes del debate moderno y contemporáneo sobre la democracia se encuentran en la discusión griega entre los partidarios del gobierno de hombres y los partidarios del gobierno de leyes. Esta discusión

tiene relación con el modo de gobernar y se diferencia de la también clásica discusión griega sobre las formas de gobierno.

La noción del gobierno de las leyes se encuentra plasmada en numerosos textos tanto de Platón como de Aristóteles³ y recorre toda la historia occidental, pasando por el medioevo en donde se consideraba que no era el rey quien hacía la ley sino la ley quien hacía al rey, hasta llegar al concepto de *rule of law* en Inglaterra y luego de *Grundnorm* en la *Teoría Pura del Derecho* de H. Kelsen.

La concepción que beneficia el gobierno de hombres tiene sus raíces en la noción antigua de soberanopadre o de visión paternalista del poder.⁴ El padre gobernante se une a los miembros de la sociedad por lazos éticos y no jurídicos. Esta misma tendencia se manifiesta en la idea del legislador extraordinario de Rousseau y en el siglo XX adquiere una relevancia especial en los desa-

2 El más aguerrido opositor al gobierno popular es quizás E. Burke. *Reflections on the Revolution in France*. Oxford, 1912. En contra del principio mayoritario defendido por Sièyes como mecanismo para la conformación del gobierno, Burke considera que la voluntad del gran número y el interés del gran número rara vez coinciden. Una visión más reciente de los peligros de la identidad entre gobernantes y gobernados se encuentra en M. Krielle. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1980.

3 "Parece conforme a estas reglas -dice Aristóteles en *La Política*, III, X- que la ley debe ser soberana antes que el monarca, y que, por consecuencia lógica, los que son investidos de los poderes para bien del Estado no deben ser otra cosa que guardianes y ministros de la ley". Véase: N. Bobbio. "Gobierno de leyes gobierno de hombres". *Nuova Antología*. No. 2145, enero-marzo de 1983. p. 135-52.

4 Véase: M. Foucault. "Omnes et singulatim: hacia una crítica de la razón política" *La vida de los hombres infames*. Madrid, La Piqueta, 1990.

rollos del concepto de estado de excepción de K. Schmitt⁵ y en el postulado del carácter necesario de la dictadura del proletariado.⁶

En estas dos concepciones se pone de presente la tensión entre los elementos jurídicos y los elementos políticos de la democracia. Mientras una tendencia concentra sus esperanzas en la voluntad de los mejores hombres de la sociedad para dirigir el gobierno, la otra desconfía de un poder sometido a la voluntad individual y propone la dependencia general de los gobernantes a una ley previa. En el primer caso, el factor político es la fuente del derecho, en el segundo, el derecho es la fuente de la actividad política. Para los primeros una norma de control debe primar sobre una decisión política, para los segundos es lo contrario.

Esta división entre lo jurídico y lo político está relacionada con una diferencia de percepción respecto de la naturaleza humana y de su vinculación con el poder. La concepción política de la democracia asume una visión optimista de la naturaleza humana y de su capacidad para contribuir al bienestar social. La concepción jurídica, en cambio, encuentra peligros inaceptables en la posibilidad de someter el poder a una voluntad humana incontrolada.⁷ Para esta segunda posición el poder corrompe y hace codiciosos y egoístas a los gobernantes incluso cuando se trata de almas originariamente buenas y solidarias. Esta misma dicotomía se manifiesta en la relación entre ideología y tradición. Mientras que una opinión estima que el diario político es la fuente esencial de la organización política,⁸ la otra en-

5 A propósito de Hobbes, K. Schmitt comenta que "la soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas [...]". K. Schmitt. *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 1987. p. 94; *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1992. Sobre la importancia de voluntarismo político en Schmitt, véase M. Kaufmann. *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Karl Schmitt*. México, Fontamara, 1993.

6 "El poder político, en sentido estricto, es el poder organizado de una clase para la opresión de otra" dicen K. Marx y F. Engels en el *Manifiesto Comunista*. Bogotá, Suramericana, 1960. p. 44.

7 Esta distinción es de tipo jurídico y no puede ser sobrepuesta a la diferencia puramente política hecha por K. Schmitt entre las auténticas teorías políticas que presuponen un hombre "malo", es decir "peligroso" y "dinámico", y las demás. *Op. Cit.* p. 90. Esta distinción conduce a la separación entre autoritarismo y anarquía o entre Estados fuertes o débiles, mientras aquella deriva en el tema de los límites de la soberanía.

8 La Constitución francesa de 1791 inicia con estas palabras: "La Asamblea Nacional [...] suprime irrevocablemente las instituciones que afectan la libertad y la igualdad de los hombres"

cuentra en la herencia histórica la clave de la conformación institucional.⁹

B. La democracia moderna

La democracia moderna representa un salto cualitativo radical en relación con la democracia de los antiguos. Este cambio proviene de la concepción moderna de libertad. La especificidad moderna del concepto de libertad fue puesta en evidencia en el célebre escrito de Benjamín Constant "la libertad de los antiguos en relación con la de los modernos".¹⁰ En la antigüedad -explica Constant- el ideal comunitario prevalecía sobre los intereses y derechos individuales. Más aún, el individuo sólo podía lograr su realización en el conjunto de la sociedad; esta vinculación con el cuerpo social indicaba la configuración y el alcance de sus derechos individuales.

Nosotros no podemos gozar de la libertad de los antiguos [dice Constant] que estaba constituida por la participación activa y cons-

tante en el poder colectivo. Nuestra libertad en cambio debe estar constituida por el gozo pacífico de la independencia privada.¹¹

El desmoronamiento de la posición dominante y universal de la Iglesia romana a partir de las guerras de religión permitió el desarrollo de un espíritu de libertad y tolerancia en la Europa de finales del siglo XVII.¹² La concepción holista de la sociedad es reemplazada por la filosofía individualista y liberal de los siglos XVII y XVIII.

La democracia moderna es una democracia representativa y no directa. Renuncia a la posibilidad de lograr una identidad entre gobernantes y gobernados. Ante la imposibilidad de que el pueblo tome sus propias decisiones, se acepta que el pueblo se limite a escoger a las personas que toman dichas decisiones.

La crisis de la democracia representativa se manifiesta en el desmoronamiento de la ilusión moderna de una vinculación firme y prove-

9 "Hemos tenido gran cuidado -dice E. Burke a propósito del sistema político inglés y en contra de la Revolución Francesa- de no injertar en este cuerpo y en esta cepa de herencia ningún retoño que no fuese de la planta originaria [...]. La política permanente de este reino [...] es considerar nuestras franquicias y nuestros derechos más sagrados como una herencia". *Reflections on the Revolution in France*, citado por M. Chevallier. *Los grandes textos políticos*. Madrid, Aguilar, 1981.

10 B. Constant. "De la liberté des anciens comparée a celles des modernes", 1818. En: *Collection complete des ouvrages*. París, Béchét, 1820. Vol. VI, parte 7.

11 *Ibid.* p. 252.

12 Véase: E. Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid, Taurus, 1981. p. 277-281.

chosa entre los representantes y los representados. La creación de los partidos políticos y su extraordinario desarrollo a lo largo del presente siglo, introdujo una organización de tal peso e importancia entre el ciudadano elector y el Estado que las relaciones entre el gobernante y el ciudadano pasaron a un segundo plano frente a las relaciones entre el gobernante y el partido.¹³ El mandato popular es subordinado al mandato político-partidista, la efectividad del programa político queda sometida al principio de la disciplina de partido.

1. *La crisis de la democracia representativa*

La crítica a la democracia representativa ha sido planteada a partir de la función general y de confianza que cumple el representante. Norberto Bobbio explica cómo, contra el carácter fiduciario (de confianza), el marxismo ha propuesto la delegación y contra la generalidad de los intereses se ha propuesto la representación orgánica.¹⁴

Algunos críticos consideran que la prohibición del mandato imperativo no es más que la negación escrupulosa de una realidad que quiere ocultarse. El pueblo es tomado como instancia decisoria y fundadora para la cual todas las demás instituciones

están dispuestas. Bajo esta institución subyace la creencia mítica de una comunidad homogénea, racional y unitaria, generadora de un contrato social del cual el gobernante sólo es una pieza circunstancial que actúa mecánicamente en beneficio de todos. Así comenta Hans Kelsen este tipo de fundamentación:

El ideal de un interés [...] colectivo superior a los intereses del grupo y, por lo consiguiente, "suprapartidista", esto es, la solidaridad de intereses de todos los miembros de la colectividad sin distinción de confesión, nación, clase, etcétera, viene a ser una ilusión metafísica o, mejor dicho, "metapolítica", que suele denominarse con terminología bastante confusa comunidad "orgánica" o articulación "orgánica" de ella y contraponerse al llamado "Estado de partidos", esto es a la democracia mecánica.¹⁵

El partido político con su organización ha ido creciendo entre los gobernantes y los gobernados, entre representantes y representados de tal manera que el esquema tradicional de la democracia, entendida como unión entre unos y otros, gobernantes y gobernados, ha ido desapareciendo a causa de esta mediatización. El partido, inicialmente concebido como vínculo entre el poder y los

13 Véase: N. Bobbio. *Il futuro de la democrazia*. Turín, Einaudi, 1985. p. 29-55.

14 *Ibid.* p. 29.

15 H. Kelsen. *Sobre la esencia y el valor de la democracia*. Tubinga, Aalen, 1963. p. 22.

súbditos, es ahora el obstáculo de esta vinculación.

Una de las críticas más célebres al carácter meta-político de los partidos ha sido formulada por Robert Michels. En su opinión, "la organización es la madre del dominio de los elegidos sobre los electores, de los delegados sobre los delegantes, de los mandatarios sobre los mandantes".¹⁶ A este mal no escapan -en su opinión- ni los partidos de izquierda ni los de derecha. El crecimiento natural del movimiento crea la necesidad de una dirección normalizada que entrega a los dirigentes la toma de decisiones y por ende el poder. Los valores democráticos se pierden en todas las organizaciones políticas. Se desconoce la participación; "el partido desarrolla una guerra, por pequeña que sea, y por ello necesita una articulación jerárquica".¹⁷ El carácter burocrático-oligárquico de los partidos proviene de una necesidad técnica. Por eso, dice Michels, "decir organización, es decir tendencia a la oligarquía".¹⁸ La democracia es patrimonio de la espontaneidad propia de las pequeñas comunidades. La organización de las grandes empresas -como son los partidos- puede servir

para lograr ciertos propósitos, pero en todo caso no el de la democracia. En su opinión

si existe una ley sociológica a la que estén sometidos los partidos políticos -tomando el término político en su sentido más amplia- esa ley enunciada en su fórmula más breve, diría así: La organización es la madre del dominio de los electos sobre los electores.¹⁹

La crítica de Michels no sólo pone en tela de juicio la manera de proceder de los partidos contemporáneos, también cuestiona la esencia misma de la democracia de partidos. Al respecto es famosa la obra de Gerhard Leibholz. En su opinión, entre la vieja democracia liberal representativa y la nueva democracia de partidos existe un abismo que indica una transformación esencial; las decisiones en el Estado, o sea la *Volonté Générale*, es el producto, en esta nueva situación, del querer de los partidos. Por eso, el parlamento se convierte en el lugar donde las diferentes comisiones registran decisiones que han sido ya formadas de antemano en otro lugar. El parlamento y sus leyes son obra de los partidos y no de los parlamentarios. Como consecuencia de esta

16 R. Michels. *Zur Soziologie*, citado por Kurt Lenk y Franz Neuman. *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona, Anagrama, 1980. p. 41.

17 "Der konservative grundstat der partei-organization". Transcrito por Kurt Lenk y Franz Neuman. *Ibid.* p. 245.

18 *Ibid.* p. 243.

19 *Ibid.* p. 253.

transformación el diputado es cada vez más responsable ante el partido y menos ante sus electores. El diputado pierde su categoría de representante; su elección es el resultado de su pertenencia a un determinado partido y no de su personalidad y especiales cualificaciones.²⁰ Según Leibholz, esta nueva situación se asemeja a una manifestación racionalizada de la democracia plebiscitaria o, si se quiere, a un sustituto de la democracia directa en la cual no son los individuos los que deciden, sino las organizaciones partidistas a las cuales estos pertenecen.

Esta opinión coincide con lo dicho por Max Weber cuando se refiere a los nuevos partidos como "empresas políticas en manos de profesionales de tiempo completo".²¹ En estas circunstancias, la elección se convierte en un acto plebiscitario en el que los ciudadanos se manifiestan en favor de candidatos y programas provenientes de decisiones internas del partido.

El elector [dice M. Duverger] puede escoger entre varios candidatos, pero cada uno de éstos es designado por un partido. [En consecuencia], si se quiere man-

tener la teoría de la representación jurídica hay que admitir que el elegido recibe un doble mandato: del partido y de sus electores [...] y en conjunto el mandato del partido tiende a llevar ventaja sobre el mandato electoral.²²

2. La democracia de partidos

La constatación de una necesaria vinculación entre partidos e intereses dificulta la realización del objetivo clásico de identidad entre gobernantes y gobernados. De ahí la fuerza de una posición escéptica y realista sobre la democracia. El tema se plantea bajo nuevos supuestos, más formales y menos sustanciales: el valor de la democracia de partidos proviene de la aceptación de diversas ideologías, esto es, de diversos intereses, no de una concepción unitaria del interés general. En este nuevo esquema, el conflicto abierto, generalizado y libre es la fuente de la democracia. Esta es la idea de Krielle cuando define la democracia de partidos como la "transferencia de la idea del proceso judicial al proceso político de legislación".²³ El parlamento es una especie de juzgado: allí los diversos intereses se pueden presentar como demandantes; todos

20 G. Leibholz. "Der struktur wandel der modernen demokratie". Transcrito por K. Lenk y F. Neuman. *Ibid.* p. 312.

21 M. Weber. "Wirtschft and gesellschaft". Transcrito por K. Lenk y F. Neuman. *Op cit.* p. 312.

22 M. Duverger. *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 378.

23 M. Krielle. *Op. cit.* p. 447.

tienen derecho a ser escuchados y nadie puede ser juez en asunto propio. La legislación es una especie de fruto sintético de los intereses en conflicto.

Esta teoría -según Krielle- no puede mantenerse en pie sin la suposición de un fuerte imperativo ético en cabeza de los legisladores, quienes por esta razón prefieren el interés general al interés particular. Otros piensan que la vinculación entre interés e ideología es motivo suficiente para tomar partido por unos intereses en detrimento de otros, para luego constituir un Estado comandado por un partido único. Una tercera orientación estima que la sociedad se encuentra ineludiblemente abocada a una dirección de partido o interés y, por lo tanto, aceptan este hecho pero lo enmarcan dentro de un esquema de renovación con base en elecciones periódicas. Estos últimos -porque reconocen la imposibilidad de una unidad entre gobernante y la totalidad de los gobernados, esto es, porque reconocen el carácter irrealizable del ideal democrático-, suponen que el valor del sistema se encuentra en el procedimiento y en el respeto de las reglas de juego. De acuerdo con esta orien-

tación, Duverger define el sistema democrático como un "régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados por medio de elecciones sinceras y libres".²⁴

De las tres apreciaciones sobre la democracia que han sido reseñadas, la primera recoge en buena parte el idealismo de la democracia liberal, al considerar posible la creación de valores depositarios de un interés general. La imposibilidad fáctica de conciliar muchos de los intereses sociales es una amarga lección para este tipo de idealismo. La segunda concepción ha sido aceptada por regímenes políticos de orientación marxista o por Estados dominados por ideologías teocráticas. La tercera es propia de las llamadas teorías procedimentales de la democracia que ven en la aplicación de los mecanismos del sistema la condición necesaria y esencial de la democracia.²⁵ Las tres concepciones mencionadas son dogmáticas en cierto sentido; sin embargo una diferencia fundamental separa las dos primeras de la tercera: mientras aquellas suponen la existencia de un interés mejor -general o de clase- claramente definido, la tercera es pluralista y participativa; sólo es dogmática en el procedimiento.

24 M. Duverger. *Op. Cit.* p. 378.

25 Sobre la voz "democracia", véase: N. Bobbio. "Democracia". En: *Dizionario di politica*. Turín, Utet, 1976. p. 315-316.

II. Las revoluciones constitucionales

Las promesas incumplidas por los demócratas de todos los tiempos,²⁶ sirven para recomendar una gran cautela en la formulación de hipótesis sobre la organización política y condicionan toda teoría a la experimentación y el análisis empírico. De ahí la importancia que tiene el estudio de las grandes revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII para desentrañar el sentido y el alcance de la democracia constitucional actual. A continuación se aborda brevemente el análisis de los supuestos esenciales de cada una de estas revoluciones.

A. La revolución gloriosa de 1688

La revolución gloriosa de 1688 es lo que podría denominarse, paradójicamente, "una revolución conservadora". Fieles al pragmatismo, los ingleses de finales del siglo XVII prestan una importancia excepcional a la tradición y a la costumbre para defender sus ideas de cambio y transformación social. De ahí los términos del documento parlamentario impuesto al nuevo gobernante Guiller-

mo de Orange: "La experiencia ha demostrado que es inconsistente con la seguridad y el bienestar de este reino protestante el ser gobernado por un gobernante papista".

En los inicios del siglo XVI, eran frecuentes las disputas entre el rey inglés y el parlamento; desde entonces, el rey empieza a perder poder frente al parlamento.²⁷ Las diferencias giraban en torno al equilibrio de poderes que debía mantenerse entre el monarca y los tribunales. Según Coke -defensor clásico del parlamento y del Derecho Inglés-, el conjunto de normas denominado *Common Law* -en las cuales se determina la estructura fundamental del gobierno y de los súbditos- prevalece no sólo sobre la voluntad del monarca sino también sobre aquélla del parlamento. Esta es una manifestación clásica de la poca ascendencia que tenían las ideas continentales de la soberanía popular en la mayoría de los juristas ingleses.

Antes de la guerra civil predominaba la idea medieval de que la soberanía reside en el reino. Los poderes del rey, del parlamento y de los tribunales, ejercidos por costumbres de tiempos remotos, eran considerados como inherentes a cada uno

26 N. Bobbio titula el primer apartado de su libro *Il futuro de la democrazia*, con la frase "promesas incumplidas".

27 Entre las muchas controversias suscitadas por la pérdida del poder real se encuentra la que sostuvieron el rey y sus defensores -entre ellos Francis Bacon contra Sir. Edward Coke. Véase: G. Sabine. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1945. p. 333.

de estos órganos sin que ninguno de ellos tuviera una posición predominante sobre los demás.

Estas simples ideas empezaron a ser combatidas en la primera mitad del siglo XVII cuando los insulares recibieron los escritos franceses en defensa del absolutismo. Fue así como Jacobo I y sus sucesores entraron en conflicto con buena parte de los juristas ingleses al pretender imponer la idea del derecho divino de los reyes. Esta discusión, mediatizada por la guerra civil, a la postre dio el triunfo a las ideas opositoras al rey.

El conflicto religioso jugó un papel importante en el debate entre el rey y el parlamento. La separación de Roma en el siglo XI motivó un intenso debate sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El triunfo del puritanismo en Inglaterra creó una conciencia opuesta a la difundida en Francia sobre el derecho divino de los reyes. En Inglaterra se aceptaba sin mayores escrúpulos la posibilidad de que el rey pudiera violar la ley divina, y esta sola posibilidad impedía que sus súbditos le otorgasen un poder absoluto.

Nada contribuyó de manera tan determinante a la derrota de las tesis absolutistas provenientes del continente como la independencia de los tribunales ingleses y la defensa que éstos hicieron de la supremacía del *Common Law*. Sir Edward Coke se constituyó en el principal promotor

de la supremacía de la ley sobre las pretensiones de soberanía real o popular.

Aparece en nuestros libros [decía] que en muchos casos el *Common Law* controla las leyes del parlamento y a veces decide que son enteramente nulas, porque cuando una ley aprobada por el parlamento es contraria al común derecho y razón, o repugnante, o de imposible ejecución, el *Common Law* debe dominar sobre ella y pronunciar la nulidad de tal ley.²⁸

En 1628 el monarca Carlos I -heredero de las ideas absolutistas de su padre Jacobo I- se vio obligado a firmar un documento por medio del cual reconocía las libertades inglesas tradicionales y los límites del poder real (*Petition of Rights*). El rey jamás se sintió obligado por su firma y en 1628 tomó la decisión de clausurar las sesiones del parlamento. Para su reapertura, hubo que esperar hasta 1640, fecha en la cual el clima político y, sobre todo, el religioso estaban muy deteriorados. En esta oportunidad fue el órgano colegiado el que impuso sus condiciones al rey, pero ya era demasiado tarde. La reapertura del parlamento y el arresto ordenado por el monarca de los principales jefes de la oposición fueron suficientes para prender el fuego de la guerra civil entre los partidarios del rey y los partidarios del parlamento.

28 *Reports*. Parte VIII, 118a, citado por G. Sabine. *Op. cit.* p. 335.

La guerra termina en 1645 con el triunfo del jefe puritano Oliver Cromwell y la derrota de los absolutistas. Se constituye, entonces, una república con un parlamento formado exclusivamente por miembros puritanos (*Rump Parliament*). Estos nuevos legisladores ordenarían, el 30 de enero de 1649, la ejecución de Carlos I. Se configuraría así un Estado más absolutista que el precedente. Once años duró la dictadura puritana.

En 1660 se restablece la monarquía con el católico estuardo Carlos II, quien promulga una "Declaración de indulgencia" para beneficiar a los católicos. Poco después el Parlamento replica con la promulgación del *Bill of Test* (1673), por medio del cual se imponía a los funcionarios públicos una declaración rechazando la autoridad religiosa del Papa, el culto a la Virgen y al sacramento de la eucaristía. Inglaterra se divide en dos tendencias: los defensores del rey, llamados *Tories* y los defensores del parlamento, llamados *Whigs*. La disputa jurídica era permanente: a la expedición de un decreto de obediencia absoluta al monarca, el parlamento respondía con la promulgación del *Habeas Corpus Act* (1679). Esta dis-

puta continúa durante el reinado de Jacobo II, sucesor del rey Carlos.

Ante la posibilidad de que el hijo recién nacido de Jacobo II accediera al trono, los opositores al régimen -tanto *Whigs* como *Tories*- deciden actuar para impedir la continuación de la dictadura católica. Se solicita, entonces, los servicios del yerno de Jacobo II, Guillermo de Orange, quien en su entrada triunfal desde Holanda, protagoniza la gran revolución pacífica del 5 de noviembre de 1688.

Antes de reconocer al nuevo soberano, el parlamento impone a Guillermo unas onerosas condiciones, plasmadas en la Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1789. La Declaración se encuentra precedida de una serie de acusaciones contra la monarquía. De esta manera se selló el triunfo del parlamento sobre el rey y con ella el triunfo de la tradición anti-absolutista entronizada en la sociedad inglesa desde el siglo XI.²⁹

B. La soberanía popular en la revolución francesa de 1789

La revolución francesa, a diferencia de la revolución gloriosa de

29 De esta época revolucionaria son algunos de los documentos constitucionales más significativos de la democracia inglesa. Entre ellos tenemos: *Agreement of the people* (1647), *The instrument of government* (1654), con el cual aparece la primera constitución escrita del Estado moderno, y los documentos correspondientes al *Habeas Corpus Act* (1679), *The bill of rights* (1688) y el *Act of Settlement* (1701). Véase: R. Tamayo y Salmoran. *Introducción al estudio de la Constitución*. México, UNAM, 1986. p. 214.

1688, es ante todo una revolución ideológica. La mayoría de los revolucionarios de 1789 eran jóvenes apasionados que laboraban hasta el agotamiento con la conciencia de estar cambiando el mundo. Mientras las huellas de la historia democrática inglesa deben ser encontradas en el proceso de sus transformaciones institucionales, el curso de la democracia francesa debe buscarse en la dialéctica de sus pensadores. Los revolucionarios ingleses dispusieron todas sus fuerzas contra el absolutismo, bajo cualquiera de sus manifestaciones posibles; los franceses, en cambio, luchaban contra la nobleza y contra su expresión monárquica. Mientras en el territorio insular se consideraba que la concentración del poder era el enemigo principal de la libertad, en Francia se pensaba que era el rey con su corte lo que impedía que los hombres fuesen libres e iguales. Por eso, doce años después de la toma de la Bastilla, Napoleón y su régimen autoritario podían presentarse -por lo menos durante los primeros cinco años del consulado- como una continuación de la tradición republicana iniciada en 1789.

Las ideas de Rousseau fueron determinantes en el curso de los acontecimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII. En el *Contrato Social*, Rousseau desarrolla una teoría pura de la democracia³⁰, que no depende de la viabilidad del sistema o de sus condiciones operativas. Se trata de un ideal democrático, tal como debería ser, sin salvedades. Así se explica la distinción entre el concepto de voluntad mayoritaria referido a la suma de voluntades particulares -agregado con poca dignidad filosófica- y el concepto de *volonté générale* referido al querer real e inalienable de todos. El desarrollo que Rousseau hace del concepto de voluntad general representa un extraordinario esfuerzo teórico en busca de las categorías ideales de la democracia que, por sus mismas características, invalida toda pretensión de realización práctica. Rousseau mismo es consciente de estas limitaciones y por eso relativiza las decisiones políticas en beneficio de las circunstancias reales.³¹ Rousseau encontró la ausencia de la democracia y con ella su imposibilidad práctica.

La importancia de la igualdad social es otro de los elementos ca-

30 En sentido kantiano, esto es, como una teoría que parte de principios a priori. Sobre la diferencia entre lo puro y lo empírico en filosofía, véase: E. Kant. *Fondaments de la métaphisique de Mœurs*. París, Ivrrin, 1980. p. 44.

31 "En un Estado -dice Rousseau- en el que el gobierno y las leyes tienen ya su puesto, hay que evitar, hasta donde sea posible, la introducción de innovaciones". Tomado de: Lettre VIII, Anales de la Sociedad de Jean Jacques Rousseau. T. XXI. p. 102-103.

racterísticos de la concepción democrática de Rousseau. De allí su idea de una comunidad primitiva de bienes en donde la felicidad y la filantropía reinan. El principio moral derivado de esta sociedad primitiva igualitaria conduce a Rousseau a condenar de manera enfática la realidad social del momento.

Pero Rousseau no era el único que abogaba por estos valores sociales en la segunda mitad del siglo XVIII. La crítica a la propiedad privada, como causa de las desigualdades sociales y otros males propios de la sociedad francesa de la época, es común en autores como Jean Mesler³² y Gabriel Bonnot de Mably.³³ Estas ideas serían retomadas años más tarde por los defensores del socialismo jacobino como Babeuf, Blanqui o Louis Blanc. Todos ellos, fundados en una lectura particular de Rousseau, se enfrentaron a una avalancha de críticas

provenientes del movimiento de la Restauración.

El igualitarismo y el voluntarismo popular dominaban en los círculos contestatarios franceses de la segunda mitad del siglo XVIII. Una confianza desmesurada en el poder transformador de las ideas y de la razón, latía en los pechos tricolores de los jóvenes revolucionarios.³⁴

Los acontecimientos históricos que se sucedieron a partir de la primavera de 1789 estaban fuertemente ligados a estas representaciones políticas.

El radicalismo inexorable que tomaron los acontecimientos históricos, desde la conformación de la Asamblea Nacional hasta la creación del Comité de Salvación Pública, tiene mucho que ver con la pretensión jacobina de realizar los ideales democráticos sin que medie concesión o negociación alguna.

32 "La enorme desproporción -dice Meslier- que se observa por doquier entre los diferentes estados y condiciones de los hombres, de tal suerte que pareciera que unos habrían nacido sólo para dominar y tiranizar a otros y para gozar siempre de sus placeres y encantos en esta vida, mientras que los demás pareciera que sólo habrían nacido para ser miserables, desgraciados y viles esclavos y para gemir toda su vida en la rabia y en la miseria".

33 Mably no se queda atrás cuando afirma "je ne balane point a regarder cette malheureuse propriete comme la première cause de l'inegalite de fortunes et de conditions, et par consequence de tous nos maux". En el mismo sentido afirma Morelly "vous n'avez point couper racine a la propiete, vous n'avez rien fait".

34 Burke es aún más explícito: "Me es imposible -decía horrorizado por las noticias provenientes de París- entender cómo algunos hombres pueden llegar a tal punto de presunción, que consideran su país como una "carta blanca" sobre la cual están en libertad de arañar lo que se les venga en gana". Más adelante dice: "todos los pretendidos derechos de estos teóricos son tan verdaderos metafísicamente como falsos moral y políticamente". E. Burke. *Reflections on the Revolution in France*, citado por M. Chevallier. *Op. cit.* p. 203.

El idealismo revolucionario encuentra así un aliado diabólico en el temor contrarrevolucionario. La desconfianza frente al rey y el temor a una invasión de las fuerzas realistas europeas, apoyadas por el clero, llevaron a los republicanos por el camino sin retorno de la violencia. Es así como, luego de los acontecimientos que llevaron a la Declaración de los Derechos del Hombre (26 de agosto de 1789) y a la promulgación de la Constitución de 1791 (abril 3), pero, sobre todo, después del enfrentamiento bélico con el Estado de Austria, se produce una segunda revolución el 10 de agosto de 1792: la insurrección de París, el encarcelamiento del rey, la abolición de la Constitución de 1791, el cierre de los conventos y la disolución de las órdenes religiosas.

Se inicia, entonces, el período conocido como "La Convención", el discurso revolucionario se radicaliza³⁵ y el rey es juzgado, condenado a muerte y ejecutado el 21 de enero de 1793. La pretensión jacobina de introducir un cambio total en la sociedad se pone de manifiesto en la decisión de reemplazar el calendario tradicional por uno nuevo a partir del 22 de septiembre de 1792, año I de la República³⁶, y en la intención de transformar la devoción católica por el culto al "Ser Supremo".³⁷

El 2 de junio de 1793 la Asamblea vota una Constitución que entrega al parlamento la soberanía nacional. Sin embargo, el gobierno considera que la situación es demasiado peligrosa para que la Consti-

35 En un emotivo discurso frente a la Asamblea Nacional, Danton solicita la solidaridad y el sacrificio de los franceses en los siguientes términos: "Pedimos que todo aquél que se niegue a servir con su persona o con sus armas sea castigado de muerte. El rebato que suena va a propagarse por toda Francia. No es una señal de alarma, es la carga sobre los enemigos de la patria. Para vencerlos, señores, es necesario audacia, más audacia y mucha más audacia, y Francia será salvada". Tomado de: Malet y Isaac. *L'Historie*. París, Marabout, 1960. Tomo III. p. 66.

36 En un espíritu de rechazo al pasado, la Convención confía a su comité de instrucción pública la realización de un nuevo calendario. De allí resulta una división en 12 meses y cinco días adicionales. Los meses se componían de tres décadas y los días se denominaban: primidi, duodi, décadi [...]. El poeta Fabre d'Eglantine crea los nombres de los meses así: venedémiaire, brumaire, frimaire, nivose, pluviouse, ventose, germinal, floreal, priarial, messidor, thermidor y fructidor.

37 Robespierre quería organizar oficialmente una religión revolucionaria. Es así como en mayo de 1794 hace votar a la Convención un decreto en el que se afirmaba la existencia del Ser Supremo y la inmortalidad del alma. La Catedral de Notre Dame en París, entre otras, fue transformada en "templo de la razón" en la que se rendía culto al "Ser Supremo". Al respecto, véase: Malet y Isaac. *Op. cit.* p. 89.

tución entre en vigencia, por eso, el 10 de octubre expide un decreto en el que se declara a sí mismo "revolucionario hasta que la paz se logre". En estas circunstancias, es el gobierno revolucionario el que se identifica como representante legítimo del pueblo, de la *volonté générale*. Los acontecimientos que siguieron a la dictadura fueron una degradación de la situación revolucionaria. Más de trece mil ejecuciones decretadas por las autoridades y otras veinticinco mil sin juicio previo, representan bien la cara terrorífica de fervor revolucionario que sólo encontraría sosiego, pocos años después, con la instauración de un régimen político tanto o más absolutista que el de Luis XVI.

C. *El Federalista y la revolución norteamericana de 1776*

Los acontecimientos revolucionarios en toda América estuvieron ligados a la afectación de las economías locales a través de la imposición de tributos o de restricciones comerciales. En el caso de las trece colonias norteamericanas el impuesto de timbre suscitó un enorme descontento popular.³⁸ En 1776, la tensión entre la colonia e Inglaterra era insostenible y se produjo la Declaración de Independencia y, con ella, la guerra

de independencia que duraría ocho años.

Los colonos norteamericanos siempre tuvieron presente la idea de que el derecho no se agotaba en las normas emanadas de las autoridades coloniales. Esta percepción favoreció la creación del control judicial de la ley y de la supremacía constitucional. La tradición constitucional inglesa y, sobre todo, el pragmatismo político que subyace en la concepción del equilibrio de poderes, crearon una cultura contraria al absolutismo y favorable al control de los poderes públicos. Esto explica el tenor iusnaturalista de la Declaración de Independencia de 1776.

Los textos publicados por Hamilton y Madison en *El Federalista* son la manifestación más elocuente de los debates que dieron lugar a la Constitución de 1789. Allí puede descubrirse el proceso de consolidación de instituciones tan importantes como la *Judicial Review* y el *Balance of Powers*. Todo este proceso está determinado por la lucha contra el absolutismo. Recogiendo la tradición inglesa del siglo XVII, la lucha por la libertad y la igualdad era contra el poder concentrado y no sólo contra el poder concentrado en el Monarca, como sucedería pocos años después en Francia.

38 El argumento jurídico de los colonos ingleses no carecía de interés: todo impuesto debía tener origen en un órgano colegiado de representación popular; los colonos no tenían representantes en el parlamento inglés, por lo tanto, el impuesto de timbre carecía de fundamento jurídico.

Hamilton expone en *El Federalista* los argumentos que justifican el control judicial de los actos derivados de las demás ramas del poder. En su opinión, el poder judicial es el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, debido a que tiene menos capacidad para causar daño. Esto se deduce de la "naturaleza general del poder judicial, de los objetivos con los que se relaciona, de la materia en la que se ejerce, de su comparativa debilidad y de su total incapacidad para sostener sus usurpaciones por la fuerza".³⁹ En consecuencia, los jueces deben ver en la "Constitución una Ley fundamental"⁴⁰ y, por lo tanto, deben "declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución".⁴¹ Hamilton intenta mostrar cómo la función del juez es un acto de razón, de juicio ceñido a la ley y a la Constitución y no un acto de voluntad. He aquí una clara manifestación de la tradición de la

idea de gobierno de las leyes opuesta a una visión del poder voluntarista.

Estas ideas se consolidaron jurídicamente con el fallo de *Marbury vs Madison* de 1803, redactado por el juez Marschall.⁴² En su providencia, el juez Marschall sostiene que "el poder judicial se extiende a todos los casos que resultan de la Constitución". El control judicial no se funda en una supuesta superioridad de los jueces, sino en la voluntad del pueblo que estableció la prevalencia de ciertos derechos y valores a partir de los cuales se derivan limitaciones a los poderes del gobierno y del parlamento. En el fallo se pone en evidencia y se resuelve el siguiente dualismo:

[...] O la Constitución es una ley superior que no puede ser modificada por leyes ordinarias, o está en un mismo nivel que las leyes ordinarias del legislador y, como otras leyes, es alterable cuando el legislador le plazca alterarla. Si la

39 *The Federalist*. No. 81. New York, Mentor Book (Penguin), 1961. p. 485.

40 *The Federalist*. No. 78. p. 467.

41 *Ibid.*

42 El caso tiene origen en el nombramiento de algunos jueces de paz para el Estado de Columbia por parte del Presidente J. Adams, hecho justo antes de la terminación de su período. El Presidente Jefferson toma posesión de su cargo y los nombramientos dejan de ser entregados, no obstante haber sido aprobados y sellados. En estas circunstancias uno de los afectados, *Marbury*, demanda ante la Corte para que emita una orden al Ejecutivo que haga efectivos los nombramientos. El juez Marschall estudia el caso, considera que el demandante tiene derecho, que el ordenamiento jurídico establece los mecanismos para la defensa de su derecho, pero que el Tribunal Supremo no puede emitir una orden de *mandamus*, tal como lo establece la Ley del Poder Judicial de 1789, que para tal efecto se considera inconstitucional por contravenir los límites constitucionales de la jurisdicción originaria del Tribunal.

primera alternativa es cierta, entonces un acto del legislador contrario a la Constitución no es ley; si la segunda es verdadera, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su misma naturaleza es ilimitado.⁴³

La posibilidad de que los jueces controlaran las decisiones tomadas por los representantes del pueblo tenía fundamento en la superioridad de la Constitución sobre la ley. De esta manera se consolida, jurídicamente, la vieja idea política inglesa según la cual todos los poderes públicos tienen competencias inherentes dentro de las cuales ejercen libremente su autoridad, pero deben obedecer principios generales que establecen el respeto mutuo entre ellos.

III. Elementos de la democracia constitucional

La democracia constitucional ha sido, sólo en parte, el producto de la reflexión y de la ideología. La experiencia también ha tenido un papel importante. Esto se debe a que en materia de organización política no todo lo que parece conveniente, desde

el punto de vista teórico, resulta funcional y viable empíricamente. Más aún, las propuestas encaminadas a la realización de una utopía democrática no sólo resultan impracticables, también son poco recomendables en la medida en que depositan en voluntades específicas la esperanza mesiánica de redención de todo un pueblo, lo cual, además de ser una empresa que promete más frustraciones que otra cosa, entraña la creación de una relación política entre gobernantes y gobernados que propicia el autoritarismo. Esta ha sido una dura prueba para todas aquellas ideologías que, fieles a los postulados ideales de la democracia, han defendido el poder democrático en términos de identidad entre gobernantes y gobernados.

A. Principio mayoritario y derechos fundamentales

Las revoluciones liberales que tuvieron lugar entre finales del siglo XVII y finales del siglo XVIII, ponen en evidencia el difícil equilibrio entre la soberanía popular y la lucha contra el absolutismo o, dicho en otros términos, entre el principio político mayoritario propio de la democracia y el principio jurídico de la protección

43 Entre una amplísima bibliografía, véase, por ejemplo, Ch. Wolfe. *Las transformaciones de la interpretación constitucional*. Madrid, Civitas, 1991. p. 115. M. J. Cepeda. *Derecho, política y control constitucional*. Bogotá, Uniandes, 1986. p. 19. G. Carrio. "Una defensa condicionada de la Judicial Review". En: *Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 141-169. M. Cappelletti. *Judicial Review in the contemporary world*. Bobbs-Merrill Co., 1971.

de valores y derechos supra-legales, propio del constitucionalismo. Es el consabido conflicto entre gobierno y juez, entre voluntad y ley.⁴⁴

La democracia representativa no es el gobierno ejercido directamente por el pueblo, pero es el gobierno de los representantes del pueblo. Esta diferencia es también una renuncia considerable respecto del ideal identitario gobierno-pueblo. No es el pueblo el que toma las decisiones sino simplemente el que decide quién las toma.⁴⁵

Se requiere un instrumento para medir esta decisión popular y éste no puede ser otro que el numérico. Pero ¿cómo es posible que una cantidad -cualquiera que ella sea- determine la obediencia? De acuerdo con Giovanni Sartori, el poder de las mayorías no deriva del principio de igualdad (un individuo, un voto), el cual se queda en lo numérico sin que de allí pueda deducirse un valor; sin embargo, esta imposibilidad no conduce a la negación de cualquier justificación valorativa y a la aceptación de la mayoría como un simple

mal menor. En su opinión, "para alcanzar el ideal-límite de hacer coincidir el mandato con el mérito y la autoridad con la capacidad, el principio democrático sería que nadie puede decidir por sí mismo el ser mejor". Otros deben ser los que decidan quiénes son estos mejores y para ello el método adecuado es la elección.⁴⁶

La aplicación incondicional de la teoría de la soberanía popular puede conducir a excesos de difícil tratamiento político y constitucional. La escuela del derecho natural se ha opuesto tradicionalmente a la posibilidad de que la representación política sea la fuente última de referencia para evaluar la legitimidad de una decisión estatal. En su opinión, el legislador está sometido a limitaciones derivadas de unos valores superiores que restringen el ámbito de sus decisiones.

Para apreciar los conflictos que pueden surgir entre democracia y justicia, no es necesario acudir al análisis teórico; la actividad política cotidiana puede dar lugar a representacio-

44 Ch. Howard Mc Lwain, se refiere al delicado equilibrio entre voluntad y derecho, como el "problema práctico central de la política, tanto ahora como en los tiempos pasados". *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 179.

45 Según R. Dahl, las elecciones son un instrumento útil para controlar a los gobernantes, pero son inútiles si se pretende que con ellas el pueblo decida sobre los asuntos esenciales de la política. *A preface to democratic theory*. Chicago, University Press, 1956. p. 131. En el mismo sentido G. Sartori. *Qué es la democracia*. Santafé de Bogotá, Altamir, 1994. p. 83-86.

46 G. Sartori. *Ibid.* p. 94.

nes políticas y a manifestaciones populares indeseables para los intereses del mismo pueblo. Creer que la voluntad mayoritaria expresada en las urnas representa una manifestación ajena a la manipulación y al engaño, y es acorde con el bien común, es una ingenuidad hoy en día inexplicable.⁴⁷ De la aceptación de esta posibilidad se sigue que la mayoría puede estar equivocada y de allí una consecuencia que no todos están dispuestos a asumir: la mayoría puede ser controlada cuando se equivoca. Aquellos que no están de acuerdo con esta consecuencia lo hacen bajo el supuesto de que las disfunciones -equivocaciones- son inevitables en cualquier sistema y no por ellas debe abandonarse el principio subyacente.

Toda Constitución verdaderamente normativa -y no simplemente programática o retórica- niega la incondicionalidad del principio mayoritario y por ello desconoce la posibilidad de que exista una autoridad pública, esto es, una voluntad política, con poderes ilimitados. En el constitucionalismo democrático no puede haber soberano, ni siquiera el

pueblo mismo puede llegar a atribuirse este carácter.⁴⁸

Visto desde una perspectiva general y política, la teoría del poder constituyente representa una conciliación entre democracia y valores fundamentales. En efecto, el punto de entendimiento se logra gracias a la diferencia diacrónica entre períodos de crisis constitucional y períodos de normalidad constitucional. En los primeros, el pueblo se manifiesta a través de sus representantes, sin limitación alguna, para reformar o crear el contexto constitucional. Una vez superado el momento crítico, la voluntad popular se retira del escenario institucional creado por ella misma y delega su participación en los poderes constituidos. En estas circunstancias, la legislación producida por los representantes del pueblo debe estar sometida a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución, so pena de exclusión del ordenamiento jurídico por decisión del tribunal constitucional.

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, adopta una posición radical en beneficio de los valores, principios y

47 Como ilustración histórica de lo que puede ser una democracia totalitaria puede citarse el *referendum* alemán de 1933 para la purificación de la raza, aprobado por el 90% de los votantes.

48 Según M. Krielle, en el Estado constitucional "no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características del ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última *ratio* en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho. Más aún: la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado constitucional, por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes. En otras palabras: la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional". *Op. cit.* p. 150-151.

derechos fundamentales. De acuerdo con sus disposiciones, el principio mayoritario jamás podrá desvirtuar los contenidos axiológicos esenciales que se contemplan en el ordenamiento; ni siquiera en las circunstancias propias de una crisis constitucional.

El modelo constitucional que establece una prevalencia absoluta del principio mayoritario, no hace distinción alguna entre poder constituyente y poder constituido. El modelo alemán, en cambio, al establecer una primacía de los valores anula el principio mayoritario como referente último de legitimidad, incluso en escenarios temporales.⁴⁹ El modelo intermedio, por último, establece la diferencia cronológica anotada anteriormente.

La confrontación entre el principio de las mayorías y la supremacía constitucional está íntimamente relacionada con la divergencia entre una concepción de la representación política entendida como mandato popular destinado a la protección del interés general, y otra entendida como mandato para la representación de

intereses particulares. Dicho en términos más generales: mientras una concepción estima que la actividad política del representante debe estar orientada por la defensa del interés general y, en esta medida, considera posible y necesario el descubrimiento de dicho interés, la otra asume que el valor esencial de la actividad política se encuentra en la negociación y el consenso resultante de la confrontación de intereses. Se trata de dos visiones divergentes de la dinámica social: la primera, unitaria y esencialista, la segunda, conflictiva y relativista; la primera, favorable a la prevalencia del principio mayoritario, la segunda, favorable a la supremacía constitucional.

B. Democracia y liberalismo

El constitucionalismo, en sentido estricto, sólo tiene cabida en la democracia liberal. Esto no significa que liberalismo y democracia se identifiquen; significa, eso sí, que el liberalismo es una condición necesaria -aunque insuficiente- del sistema democrático.⁵⁰ A lo largo de la his-

49 Un ejemplo palmario de limitación constitucional al poder soberano del pueblo se encuentra en las cláusulas de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sobre todo, en su artículo 79.3, encaminado a la protección de los derechos fundamentales contra la voluntad general.

50 N. Bobbio, explica cómo "el liberalismo como teoría del Estado [...] es moderno, mientras la democracia como forma de gobierno es antigua". Y más adelante afirma: "liberalismo y democracia están ligados necesariamente uno al otro en cuanto que sólo la democracia tiene la posibilidad de realizar plenamente los ideales liberales y sólo el Estado liberal puede ser la condición de la actuación de la democracia". Véase: *Liberalismo y democracia*. Santafé de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 32. Bobbio cita abundantemente a A. de Tocqueville, sobre todo, en aquello relativo a su célebre afirmación según la cual la igualdad sólo se puede lograr en la libertad. *La democrazia in América*. Turín, Utet, p. 812. Volumen II.

toria, el liberalismo se ha configurado como una ideología, cuyo propósito fundamental consiste en la lucha contra el absolutismo y la concentración del poder en manos de las autoridades públicas. La separación entre los poderes y el control recíproco son una derivación directa de la ideología liberal y ello es un elemento inescindible del pensamiento democrático.

Ahora bien, la democracia constitucional requiere de otra condición para lograr su realización; se trata de una limitación al principio de libertad económica con el objeto de introducir cierta igualdad de oportunidades entre los individuos.⁵¹ La atenuación constitucional de los rigores liberales tuvo expresión en la efímera revolución francesa de 1848 con la instauración de la "democracia de derecho democrático y social". Un triunfo semejante de las ideas sociales en el ámbito constitucional no se volvería a presentar en Europa hasta las primeras décadas del siglo XX con el fortalecimiento de los movimientos populares. La Constitución de

Weimar recoge la fórmula del Estado social aunque su efectividad es más simbólica que instrumental. Posteriormente, en la reconstrucción de Alemania y bajo la influencia de sindicatos y grupos cristianos, se promulga la Ley Fundamental de la República Alemana que consagra la noción de Estado social. Algo similar sucede en Italia.

De esta manera, las constituciones de la posguerra combinan principios sociales y liberales en un difícil equilibrio conciliatorio. Cada uno de estos elementos deriva de uno de los dos valores esenciales de la democracia: libertad e igualdad. Cada uno se manifiesta en las dos tradiciones democráticas occidentales y funciona como atenuante y límite del principio dominante en la tradición opuesta: así, el control judicial del poder político pone énfasis en la libertad y en la protección de los derechos fundamentales, mientras que las restricciones impuestas al derecho de propiedad imponen una cierta igualdad entre las personas. En el primer caso, se limita el principio

51 En este punto, la relación pertinente es entre democracia y socialismo. En opinión de J.J. Rousseau, una democracia sólo puede existir si la riqueza se reparte de tal manera que "ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y nadie tan pobre que necesite venderse". *Contrato social*. 2, 11, citado por: I. Sotelo. *El socialismo democrático*. Madrid, Taurus, 1980. p. 123. Sólo en el caso de una igualdad material aproximada, puede hablarse de leyes justas. *Contrato social*. II, 4, 11. De otra parte, A. de Tocqueville sostiene que democracia y socialismo son dos cosas no sólo diferentes sino contrarias. Tienen en común la palabra igualdad pero "atención, la democracia quiere la igualdad en la libertad mientras que el socialismo quiere la igualdad en la molestia y en la servidumbre". *Discurso sobre la revolución social*, citado por: N. Bobbio. *Op. cit.* p. 67.

mayoritario en beneficio de los derechos; en el segundo, se limita la libertad en beneficio de la igualdad material.

Estos elementos se traducen en dos principios esenciales del derecho constitucional actual: de un lado, la separación entre los derechos y la ley; del otro, el carácter sustancial del principio de igualdad. Ambos principios implican una transformación radical de las relaciones entre los poderes públicos en beneficio del poder judicial como institución encargada de hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución. El principio democrático, con todo su peso legitimador de la dinámica institucional liberal, cede parte de su terreno al control judicial de la ley con fundamento en los valores, principios y derechos constitucionales y adquiere la dimensión funcional y relativa que le proporciona un contexto de equilibrio de poderes.

C. *Legislación y derechos humanos*

En el Estado liberal decimonónico, los derechos individuales dependían de la ley. El célebre principio del artículo 5 de la Declaración de

los Derechos del Hombre de 1789, según el cual los particulares pueden hacer todo salvo aquello que les está prohibido, complementario del que establece que la administración sólo puede hacer lo que le está permitido, refleja claramente la importancia de la ley en la definición de los derechos y de los deberes. Nada por fuera de esta limitación legal podía tener sentido jurídico. La ley era la medida de todas las cosas en el derecho.⁵²

Con el surgimiento del Estado intervencionista, a mediados del presente siglo, y con el consecuente aumento de la complejidad de las relaciones entre Estado y sociedad, la ley pierde su posición nuclear en el desarrollo y aplicación del ordenamiento jurídico. Los principios de libertad del individuo, como regla, y de autoridad del Estado, como excepción, pierden su poder explicativo y normativo: en relación con el Estado, se pone en evidencia la crisis del principio de legalidad en la administración y el avance de un principio de autonomía funcional.⁵³ La ley se limita a individualizar una autoridad pública y a establecer unos objetivos; la configuración de los medios queda en manos de la administración. La ley entra a ser parte

52 Una manifestación de esta concepción se encuentra en el título primero de la Constitución francesa de 1791, sobre las disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución.

53 Véase: G. Zagrebelsky. *Il diritto mite*. Turín, Einaudi, 1992. p. 40-41.

de programas finalistas que afectan su carácter normativo clásico.⁵⁴ En relación con el individuo, la autonomía deja de ser la regla, lo que se pone de manifiesto en las crecientes intervenciones de tipo paternalista asumidas por el Estado en aras de la protección del derecho a la vida o a la salud.⁵⁵

La unidad del derecho legislado se atomiza en beneficio de normas sectoriales y temporales. La dispersión de intereses lleva a la negociación corporatista del contenido de las leyes.

La ley -dice Zagrebelski- deja de ser la expresión "pacífica" de una sociedad política coherente en su interior y se convierte en manifestación e instrumento de competición y confrontación social; no es el fin sino la continuación de un conflicto.⁵⁶

El esquema clásico del Estado de derecho resulta, entonces, insuficiente para comprender estas nuevas y complejas relaciones jurídico políticas.⁵⁷

En cuanto a las relaciones entre la ley y los derechos individuales, el

54 Ch. Morand. "Le droit de l'Etat providence". *Revue de Droit Suisse*. No. 107. 1988. p. 573. A propósito de este tipo de leyes propias del Estado intervencionista, Otto Bachoff dice lo siguiente: "tales leyes son actos de dirección política, ciertamente no por ello exentas de la sujeción al valor de la justicia; pero no son primariamente expresión de ese valor, sino de una voluntad de conformación política condicionada a la situación y al momento". *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas, 1985. p. 51. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. A propósito del derecho penal, Diego López Garrido sostiene: "los fuertes cambios de la sociedad compleja postindustrial [...] han hecho de la norma jurídica un instrumento político fundamental"; y a propósito de la legislación de emergencia, el autor sostiene que se caracteriza por la burocratización del derecho, es decir, la "separación neta entre el momento creativo y el momento aplicativo, el momento de la formulación de la ley y el momento de su concreción práctica". *Terrorismo, política y derecho*. Madrid, Alianza, 1987. p. 225.

55 Las regulaciones en materia de bioética, la prohibición del consumo de ciertas drogas, la protección del medio ambiente y, en general, toda la protección de derechos fundamentales en el ámbito privado, muestra un espacio cada vez mayor de intervención estatal y de afectación del principio de libertad individual.

56 G. Zagrebelski. *Op. cit.* p. 45.

57 Sobre el tema de la crisis de la ley existe una amplia bibliografía, sobre todo francesa, que resulta del mito rusioniano de la infalibilidad de la ley, y que se manifiesta a partir de la Revolución Francesa de 1789; el derecho se identifica con la ley del parlamento. Véase, por ejemplo, en el volumen de *Archives de philosophie de droit*. (L.G.D.J. París) de 1980, dedicado al tema de la ley, los siguientes artículos: de F. Terre. "La crise de la loi"; de J. Parain-Vial "La crise de la notion de loi en biologie et en droit" y de M. Miaille "Critique marxiste de la loi dans l'Etat bourgeois". En la misma publicación del año 1986, el artículo de F. Ewald. "Le droit du droit" es especialmente significativo. Véase igualmente la revista *Droits* (PUF, París), en especial, el No. 6 de 1987, dedicado al tema de la representación. Sobre este mismo tema véase: M. García Villegas. *La eficacia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1994. p. 103.

constitucionalismo contemporáneo da cuenta del triunfo de la tradición anglosajona del *Rule of law* sobre la tradición francesa del *Etat de droit* y sobre la alemana del *Rechtstaat*. Mientras en la visión continental los derechos nacen y se configuran en la voluntad legislativa, la concepción insular postula una dependencia de la ley en relación con los derechos individuales. De acuerdo con la tradición anglosajona del *Rule of law*, el Estado es una derivación y no una causa de los derechos. Esta concepción se pone de manifiesto en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), en la que se expresa que dicha declaración

contiene una verdad auto-evidente: que todo hombre ha sido creado igual, que este ha sido dotado por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre ellos se encuentra la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar estos derechos el gobierno ha sido establecido entre los hombres.

La prevalencia de los derechos sobre la ley trae consigo una transformación esencial -Zagrebelsky habla de un cambio genético⁵⁸- en relación con lo que sucedía en el

Estado de derecho. Se trata de la inclusión de la noción normativa de principios como elemento determinante en la protección de los derechos. Dicha protección no queda reducida a la regla legal o a la enunciación programática de la carta de derechos. La referencia normativa que el juez utiliza al tomar su decisión contiene principios que deben ser respetados siempre con independencia de su recepción u omisión en el texto legal. De esta manera, el derecho ordinario se constitucionaliza en la medida en que toda norma del ordenamiento queda atada a un catálogo de valores plasmados en el texto constitucional y de obligatoria aplicación por parte del juez.

Este cambio cualitativo entraña una nueva concepción en materia de teoría del derecho que ha puesto en crisis al positivismo formalista y a su concepción lineal y deductiva del ordenamiento jurídico. La introducción activa y determinante de los principios en la aplicación del derecho representa una nueva relación entre el juez y el legislador que, por su misma importancia genética, requiere de una nueva concepción del derecho para explicar lo que realmente sucede.⁵⁹

58 G. Zagrebelski. *Op. cit.* p. 39.

59 Sobre el debate en teoría del derecho acerca de la relación entre reglas y principios existe una amplísima bibliografía cuyos autores más representativos son: R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989. p. 61-101; *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992. p. 90-114; *Hard Cases*. Harvard La Review, 1975; H. L. Hart. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967. Especialmente, el "Postcript" de *The Concept of Law*. Oxford, 1994.

D. Igualdad legal e igualdad sustancial

La igualdad es siempre un principio relacional, cuyo enunciado básico puede ser descrito en los siguientes términos: tratar los casos iguales de igual manera y los casos diferentes de diferente manera. Desde Aristóteles se sabe que ésta es una fórmula vacía y que su principal dificultad consiste en saber cuáles son los criterios para determinar qué elementos son iguales. Dicho en otras palabras, el problema del principio de igualdad está en el patrón valorativo de la igualdad y en su aplicación. Dos casos que bajo cierto punto de vista axiológico parecen diferentes, bajo otra perspectiva pueden resultar similares. Por eso las diferencias sobre la igualdad son diferencias sobre los valores a partir de los cuales se comparan los objetos, no sobre la fórmula misma de la igualdad. La discriminación racial, por ejemplo, siempre tuvo fundamento en una diferencia de casos, no en un desconocimiento de la igualdad.

En el Estado de derecho liberal el parámetro de la igualdad era la ley. Las personas eran iguales ante la ley. Correspondía entonces al legislador diferenciar lo igual de lo desigual y plasmarlo en normas para luego aplicarlo. El artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 establecía que las distinciones sociales sólo podían fundarse en la utilidad pública. Correspondía entonces al legislador

determinar qué hacía parte de dicha utilidad pública. En estas circunstancias, la efectividad del principio estaba determinada por las razones políticas y económicas que inspiraban los contenidos legales. Esto explica la célebre ironía de Anatole France acerca de la igualdad instaurada por la Revolución Francesa: esta igualdad consiste, por ejemplo, en la prohibición de que tanto el rico como el pobre duerman bajo los puentes, mendiguen en las calles o roben pan.

En el Estado constitucional o Estado social de derecho, el concepto de igualdad adquiere materialidad desde la misma carta de derechos. El patrón valorativo está determinado esencialmente en los principios y valores constitucionales. La ley es complementaria y derivada en relación con el texto constitucional. De acuerdo con esta concepción, la protección contra la discriminación puede tener lugar aún en aquellos casos en los cuales el criterio legal de relación entre casos niega dicha posibilidad. En estas nuevas condiciones, el postulado de la efectividad de la igualdad-consagrado en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución- traduce la voluntad de las autoridades públicas de proteger el principio teniendo en cuenta los resultados y no simplemente los medios. No basta, entonces, con que el Estado disponga normativamente lo necesario para proteger la igualdad, es necesario, además, que ella resulte efectivamente protegida, de

lo contrario tiene lugar una violación al principio y al derecho.

E. El supra-valor del pluralismo

Otra característica esencial de la democracia constitucional surge de los dos postulados anteriores. Se trata del pluralismo.

El pluralismo es a la vez un presupuesto social y un valor normativo del sistema constitucional. Como presupuesto indica un tipo de sociedad en la cual no existe un proyecto único para la realización de los fines sociales. Esta condición excluye toda visión esencialista de la sociedad, entendida como un todo que puede ser comprendido cabalmente bajo un deber ser ideal, bien sea bajo la forma de interés general, bien común o voluntad popular. En este sentido, la Constitución no realiza un proyecto sino que crea las condiciones para su realización. De esta manera, quedan excluidas todas las formas de organización política en las cuales se parte de la existencia de una

voluntad soberana -de tipo monárquico, parlamentario u otro- que moldea a su antojo las instituciones y las normas.

Como valor normativo, el pluralismo representa una supremacía de las reglas de juego en las cuales se garantiza la permanencia de la pluralidad de opiniones, valores, creencias, sobre cualquier voluntad política o administrativa que encarne alguna de ellas. Dichas reglas de juego no sólo se refieren al ámbito político de la lucha partidista, sino también a la obligación institucional de proteger los derechos fundamentales con sujeción al principio de igualdad que excluye cualquier actuación discriminatoria por razones de opinión o creencias. Esto significa, además, que la libertad individual y el pluralismo encuentran limitaciones tajantes en la necesidad de proteger las condiciones de posibilidad del juego pluralista. En consecuencia, todo ejercicio de la libertad que afecte tales condiciones debe ser condenado por el sistema.