

Tesis acerca de la democracia constitucional. Monismo, dualismo y fundamentalismo (fundacionalismo)

Luis Ociel Castaño Zuluaga

Hoy cobra especial significación ocuparnos de un tema como este, en vista de que los enemigos de la Corte Constitucional colombiana esgrimen en contra de sus funciones, competencia y del papel que desempeña, el sofisma de la “*dificultad contra mayoritaria*”. Adaptando lo planteado por algunos teóricos norteamericanos, con el objetivo indudable de desacreditar el control judicial de constitucionalidad, ejercido en contra de poderes de clara o presunta estirpe democrática, como serían el Ejecutivo y el Legislador, aducen que una Corte como la nuestra, al no ser elegida popularmente no tiene entereza moral alguna para desvirtuar e imponerse a las decisiones de aquellos órganos, que sí fueron elegidos por las mayorías ciudadanas y a quienes confiaron su voluntad.

Lo que Carlos Nino en Argentina, Bruce Ackerman en Norteamérica y Ferreres Comella en España han venido en llamar la “*dificultad contra mayoritaria*”, equivale entre nosotros a lo que, por ejemplo, Sanín Restrepo denomina “*argumento contra democrático*”, por considerar que es un concepto más atinado que aquel¹. Este argumento tiene “*de pelo parado*” a una oligarquía leguleya y afrancesada, y en cuya noción pretenden haber encontrado el arma definitiva para deslegitimar el papel de los Tribunales Constitucionales, cuando éstos asumen su función de ejercer íntegramente el control judicial de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos. La dificultad contra mayoritaria se viene a entender, entonces, como el hecho de que normas o actos que tienen un origen democrático puedan ser descalificadas por órganos que no tienen una legitimidad democrática directa, manifiesta, como es el caso de este tipo de

¹ Cfr. SANIN RESTREPO, Ricardo. Libertad y Justicia Constitucional. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Santa Fe de Bogotá. 2004. Pp.99-100 de su obra

tribunales y jurisdicciones que tienen a su cargo la trascendental misión de velar por la preservación del ordenamiento jurídico de sus sociedades.

Dicha dificultad contra mayoritaria se ha convertido en el “*caballito de batalla*” de quienes participan de la llamada escuela del Monismo² de la Democracia Constitucional, en la que se asume de contera que las decisiones de los legisladores, representantes del pueblo, son las decisiones del pueblo mismo. Es decir, abogando por lo que fue común y extendido hasta el siglo XIX, por la “*Soberanía Parlamentaria*” extrema, por la idea de que el Parlamento no tiene ni puede concebir límite alguno su actuación.

En realidad fue A. Bickel quien formulara en el escenario ius teórico norteamericano este teórico problema llamándolo la “*Dificultad Anti mayoritaria*” o el problema de justificar la anulación de una decisión adoptada por una mayoría en el Congreso³. El Parlamento se erige en esta teoría en el “*súmmun*” de la democracia, en la auto-ridad más importante de todo sistema democrático.

Algunos autores como el argentino Carlos Rosenkrantz, han recogido lo que doctrinariamente se ha denominado teorías de democracia constitucional, reduciéndolas a tres posibles en el momento presente: el Monismo, el Fundamentalismo –o Fundacionalismo- y el Dualismo de la Democracia Constitucional. De acuerdo a la escuela en que se matricule el teórico del derecho dependerá el papel y las funciones que se les pueda adjudicar o reconocer al órgano judicial encargado de ejercer el control de constitucionalidad al propio Legislativo y al Ejecutivo.

El Monismo y el Fundamentalismo democrático, diferenciándose ambas, tienen como elemento común el ignorar la importancia y especial legitimidad de las decisiones populares tomadas en los denominados “*momentos constitucionales*”. Para los primeros los

² García Figueroa observa, con gran acierto, cómo el monismo del Estado decimonónico se asentaba sobre una estructura jurídica, política y social monolítica favorecida por una concepción nítida de la soberanía y una cierta homogeneidad cultural, que con el advenimiento de la modernidad se ha desbrozado en la relativización de toda noción política o sociológica. El mundo actual es el de la globalización, el del multiculturalismo, el de la pluralidad y por lo tanto, en su decir, se “reclaman normas de estructura principal preparadas para la transacción y la argumentación en sociedades abiertas y plurales”. -GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo” en Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Trotta. 2005. P. 182.

³ “La dificultad radical es que el control judicial –judicial review- es en nuestro sistema una fuerza contramayoritaria (...) cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría sino en su contra”. -BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press. New Haven. 1962. Pp. 16-17

derechos dependen de un proceso democrático continuo. Monistas se muestran nuestros dirigentes, apoyados por los viejos juristas, quienes consideran que el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional ha sido un acto prolongado “*anti mayoritario*”, al que en el mejor de los casos le reconocen que puede ser meramente formal o procedimental. Estiman que nuestro órgano de control realiza una actividad antidemocrática e invasiva de las funciones del legislador, por el hecho de, en ocasiones, invalidar por inconstitucionalidad leyes que han obtenido previamente el aval de una mayoría parlamentaria circunscritas al juego político.

El Monismo presenta una visión recortada del papel del juez en cuanto a su función de controlador de los actos de los demás poderes constituidos. De acuerdo a esta escuela, su rol en el régimen democrático es muy diferente al que le conceden los Dualistas, quienes, sin llegar a los extremos del monismo respecto del papel del poder judicial, llegan no obstante a desconfiar un poco de él en cuanto a sus connotaciones. En la concepción dualista que se tiene de la política y del proceso de creación normativa se distingue comúnmente entre las normas constitucionales y las normas ordinarias, entre los momentos que han sido denominados constitucionales y los momentos de legislación ordinaria. El papel que asigna a los jueces mediante el ejercicio del control de constitucionalidad -restringido- es el de “*Preservar la Voluntad del Pueblo*” expresada más ampliamente en los momentos constitucionales. La legitimidad democrática de la Constitución imperante en una sociedad se realiza sobre la base de distinguir bien sobre aquellos dos momentos.

Un dualista como Ackerman elabora su teoría sobre los derechos constitucionales, estimando que éstos nacen de las decisiones que democráticamente se toman en los momentos constitucionales y que restringen las expresiones de la política normal. La Constitución es entendida como la voluntad mayoritaria de “*nivel superior*” a la que hay que someterse. Connotados tratadistas se inclinan por esta concepción, pero no en el mismo grado ni con el mismo optimismo. Algunos dualistas, sin llegar a las perversiones jurídicas de los monistas, incluso llegan a desconfiar un tanto del control judicial de constitucionalidad, aduciendo que la preservación de la voluntad del pueblo no debe quedar en manos de órganos a quienes califican de “*contramayoritarios*”, como es el judicial.

Parte de estos desarrollos ius teóricos al respecto los toman los detractores en Colombia de la Corte Constitucional. Su argumento principal está anclado en que hay que dejar campo a la libre acción del Parlamento; en que hay que dejar actuar y confiar en los representantes del pueblo que para algo han sido elegidos y a quienes se les ha conferido un mandato amplio y determinado. De ahí que los simpatizantes de esta escuela vean en cualquier control que ejercite la Corte y que intente recortar las atribuciones del Gobierno o del Congreso, un acto “antidemocrático”. *“Si uno cree que la democracia requiere que gobiernen los representantes del pueblo, uno debe también creer que esos representantes deben gobernar incondicionalmente”*⁴

En lo personal consideramos como peligrosistas estas posiciones, pues como si la simple mayoría coyuntural y circunstancial de un Parlamento –en no pocas ocasiones venal e irresponsable- fuera suficiente para tomar como legítima una decisión determinada; como si bastara que un proyecto de ley obtuviera la mayoría requerida en el seno del Congreso reunido para equipararla sin más a obtener el máximo de validez posible, aún cuando fuere en contravía de lo que delineara en su momento el propio Constituyente Primario; como si por el hecho de haber recibido la aprobación de la mayoría fuese suficiente para encontrar concordancia con los contenidos de la Carta Política misma. Aquello sería revivir la idea superada de la plena soberanía parlamentaria y de la infalibilidad del legislador.

Otros teóricos dualistas como por ejemplo Nino se muestran al parecer un poco más optimistas. Para este autor los Derechos no son más que límites o barreras de protección a las decisiones o intereses de la mayoría, algo imposible de lograr sino hubiese un control judicial de constitucionalidad, pues

*“no se reconocerían, entonces, derechos, ya que no habría límite alguno a las decisiones de la mayoría expresadas a través de órganos políticos como el Parlamento. La función esencial de los jueces, ejercida sobre todo a través de este mecanismo de revisión judicial de las decisiones mayoritarias, es precisamente la de proteger los derechos de los individuos (que pueden formar minorías). Por lo tanto, si se reconocen derechos, ello implica conceptualmente aceptar el control judicial de constitucionalidad”*⁵

⁴ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. “Tres Concepciones de la Democracia Constitucional” en Cuadernos y Debates, N° 29. (autores varios) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. P.19

⁵ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Astrea. Buenos Aires. 2002. P. 679.

Nino considera que los jueces tienen la trascendental misión y del deber de ejercer un control del procedimiento democrático. Siguiendo a Ely en una visión procesalista del control judicial de constitucionalidad, acepta la dificultad contramayoritaria y otorga a la Suprema Corte el ejercicio de la revisión judicial del proceso democrático actuando como una especie de "referee" de dicho proceso⁶. Nino aboga por un liberalismo democrático en el que los jueces dan una suerte de alerta a las decisiones que habrá de tomar el Parlamento, hasta el punto de exigirle a éste responsabilidad y esmero en la asunción de sus funciones.

Una verdadera amenaza para esta atribulada sociedad sería el triunfo en nuestro medio de la teoría monista de la Democracia Constitucional. En una sociedad políticamente inculta y sometida a la fuerza del capital o de las armas; en una sociedad sin partidos políticos fuertes y cohesionados; en donde, por el contrario se muestran indisciplinados, sin sustento ideológico ni doctrinario; con una ciudadanía amedrentada y pusilánime, proclive a someterse a los manejos de los mas media y de los grupos de presión, no resulta conveniente, bajo ningún punto de vista de utilidad o de justicia social, adoptar semejante teoría. En una sociedad en donde ante la ausencia de partidos se levantan multitud de movimientos manipulados por jefecillos electorales, que compran su franquicia y que cambian de postulados al vaivén de las prebendas burocráticas que les otorga el gobernante de turno, no es conveniente que se implante tal teoría. Por fortuna contamos con la Corte Constitucional para precavernos, precisamente, de los excesos de las mayorías, de esas mayorías emotivas, influenciables e ignorantes como son las nuestras.

La Democracia Monista pareciera corresponderse con la forma

⁶Los jueces necesariamente deben ejercer un control del procedimiento democrático. Ese control no limita a las condiciones normales que establece una Constitución para que un órgano pueda dictar una norma jurídica (como las establecidas en los artículos 68 a 73 de la Constitución Argentina), ya que son tanto o más importantes las condiciones que mencionábamos antes respecto de las oportunidades de participación igualitaria en la discusión, la amplitud del debate, su concentración y principios, la relativa libertad de decisión, la adecuación del procedimiento de representación, la sensibilidad del sistema para reflejar el consenso público, etcétera. En este sentido es esencial el ideal de igual ciudadanía, que tiene una amplia proyección hacia aquellas condiciones que fundamentan una equitativa distribución de las oportunidades de participar en la deliberación democrática y en la incidencia del resultado final (...) la revisión que los jueces deben hacer del procedimiento democrático no tiene sólo un sentido remedial sino también correctivo para el futuro: tanto cuando los jueces descalifican una ley por no haberse cumplido con propiedad alguna condición esencial para que tenga presunción de validez, como cuando, en una modalidad más activa, prescriben modificaciones a tal o cual procedimiento con el fin de maximizar su calidad epistémica, esto tiene un sentido de promover un mayor acercamiento del proceso democrático al ideal deliberativo que fundamenta su justificación".

como los británicos han organizado sus instituciones político-democráticas. Y a su vez, la Democracia llamada Fundamentalista –o Fundacionalista–, es la teoría que mejor describe la práctica constitucional alemana luego de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días.

Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz se inclinan por la visión dualista de la democracia y del control de constitucionalidad. Algo que se ajusta y describe mejor en la estructura básica y tradicional de la democracia norteamericana y argentina. Siguiendo a estos autores, el Dualismo Democrático distingue entre dos clases de decisiones políticas, a las que igualmente les confieren distinto grado de legitimidad: Las decisiones tomadas por el Pueblo mismo y las tomadas por los diferentes órganos de gobierno. Las primeras son excepcionales y se verifican en los llamados momentos histórico-políticos de gran trascendencia. Se corresponde con la actuación del Constituyente Originario, en lo que los autores denominan *g*”, esto es, cuando el pueblo, el colectivo social mayoritariamente se expresa sobre algún asunto sometido a su arbitrio o criterio. Cuando hay movilización popular, se le adjudica a la decisión adoptada o a la que se pueda arribar, el más alto grado de legitimidad constitucional posible⁷

Por oposición a estos actos propiamente constitutivos, resulta que las decisiones del gobierno o de los legisladores ordinarios serían moneda corriente, en el sentido de que son más comunes y se encuentran ausentes del debate y de la movilización popular. En otras palabras, integrarían un tipo de decisiones que gozan de un menor grado de legitimidad por ser adoptadas por los poderes constituidos que pueden representar o no al pueblo, sin llegar a ser el Pueblo mismo. Con más frecuencia de lo que cabría esperar los representantes del pueblo omiten –o hasta desconocen adrede– la voluntad general y adoptan decisiones en clara contravía del querer nacional. Sobre todo, es evidente en sociedades imperfectas como la colombiana, en donde ocurre, a menudo, que las mayorías parlamentarias no coinciden con la de la mayoría ciudadana, pero sí con el querer de otro tipo especial de minorías, bastante reducidas por cierto, compuestas por exitosos grupos de presión organizados y todo poderosos que

⁷ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. Ob. Cit. P.16

detentan el poder económico, político y hasta espiritual.

De manera que, de acuerdo a esta teoría, el Legislador y el Ejecutivo Nacional, Congreso y Presidente de la República, en nuestro caso, no se podrían *“arrogar, por el hecho de haber ganado una elección, la atribución de anular o invalidar las decisiones tomadas por el pueblo en los momentos constitucionales”*⁸

Esta claro en nuestra Carta Política que el Legislativo debería controlar al Ejecutivo y viceversa. Formalmente el Presidente de la República puede controlar los excesos en que puede incurrir el Congreso, y este a su vez, ejerciendo debidamente su olvidada figura del control político, los actos desbordados del Ejecutivo Nacional. Pero está visto que ni uno ni otro se controlan políticamente. Por el contrario, se complementan y auxilian mutuamente en la comisión de no pocos excesos antidemocráticos. De donde resulta que no presentan legitimidad ninguna para arrogarse un pretendido derecho de fiscalizar, controlar o de incidir en la toma de decisiones por parte de la Corte Constitucional Colombiana, la que sí, desde el punto de vista formal y materialmente, controla -o por lo menos lo intenta- las actuaciones de ambos poderes.

A la Corte Constitucional sólo la puede controlar y limitar, de un lado, la propia Carta Constitucional y en última instancia el Pueblo, por sí mismo haciendo uso de su expresión soberana o delegando su poder en el Constituyente, manifestado en Convención o Asamblea Nacional. Pero es irrefutable que ni el Presidente ni el Congreso pueden poner límites a las funciones y competencias de la Corte Constitucional como órgano encargado del Control Constitucional. Y no por ello podemos señalar el hecho de que se configura una anómala *“Dictadura Judicial”*, o que la Corte actúa pretorianamente, como ha sido dado estigmatizarle irresponsablemente por algunos académicos nacionales. Lo argumentado no llega al extremo de negar la posibilidad de que individualmente los Magistrados que integran la Corte Constitucional colombiana vayan a estar exentos de responsabilidad jurídica y disciplinaria, pues es apenas natural que si incurrían en responsabilidad por actos disciplinarios, omisivos o delictuosos, para ello el Constituyente de 1991 fijó la atribución de

⁸ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. *Ibid.* P.17

juzgamiento de estos altos magistrados en el Senado de la República y en la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional colombiana, de acuerdo a la visión Dualista de la Democracia, sería una institución de primer orden a cuyo cargo estaría la misión de atender a la preservación de una sociedad democrática y en cumplimiento de tal cometido debe velar por su protección, en contra de las posibles deformaciones que hagan de ella los propios poderes constituidos, proclives a la corrupción política. De ahí que se conciba a la Corte Constitucional como a una especie de cuerpo intermedio entre el propio Pueblo y los restantes poderes constituidos. Ella es la guardiana de la voluntad popular y la intérprete de la Constitución, incluso por encima y en contra del querer del propio Parlamento. Ella tiene la pesada pero dignísima carga de atender a la defensa del ordenamiento jurídico, a pesar de lo que pueda estimar en contrario cualquier poder político⁹ e incluso ante el propio pueblo, cuando actúa irracionalmente. Ella ejerce un control jurisdiccional que se extiende sobre los tres poderes.

Los Tribunales Constitucionales modernos, los que surgieron a la égida del Tribunal Constitucional Federal alemán de la segunda posguerra, presentan la peculiaridad de que el Pueblo halló su prolongación en ellos. Acogiendo el planteamiento que hacía para el ámbito español el profesor Villacorta, podemos decir que para el caso de nuestra Corte Constitucional colombiana, ésta se erige en uno de los órganos o instituciones garantes de la estabilidad democrática¹⁰, porque el pueblo no está presente únicamente el día de las elecciones como magnitud unitaria sino pluralmente en el proceso de interpretación constitucional, ya sea como partido, grupo de interés e

⁹Alexy al ocuparse de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático moderno, estudiando el caso alemán, señala que la posición de éstos se erigen no sólo en "máximo rango" sino también en "máxima fuerza jurídica". Para él el artículo 1.3 de la Ley Federal de Bonn dispone que aquellos vinculan como Derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial, en una ruptura con la tradición constitucionalista del Imperio y de la República de Weimar, esta última en la que "abundaron los derechos fundamentales vigentes tan sólo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial. Con ánimo polémico si se quiere, cabría decir que se trataba de poesía constitucional (Verfassungslryk). En la República Federal, por el contrario, la observancia de todos los derechos fundamentales se halla plenamente controlada por los tribunales, comenzando por los inferiores, así en un tribunal administrativo, y terminando por el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Esta justiciabilidad plena, a la que se acogen también las normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre camino para la pérdida de su obligatoriedad".

-ALEXY, Robert. Ob. Cit. P. 33 (Subrayas fuera de texto)

¹⁰ LIMBACH, J. "Papel y Poder del Tribunal Constitucional", en Teoría y Realidad Constitucional. N° 4. 1999. P.120.

incluso como ciudadano¹¹. No es por mera casualidad que la fórmula ritual con que procede la Corte al dictar sentencia se realice bajo la invocación del pueblo¹², en caso análogo al del Tribunal alemán. A tal efecto, la propia doctrina científica alemana recuerda con frecuencia la fórmula ritual “en nombre del pueblo” con la que inicia el *Bundesverfassungsgericht* sus sentencias, así como la “función de reserva” propia de la Justicia constitucional, y aun sin llegar al extremo de interpretar que los jueces constitucionales sean meros portavoces del titular de la soberanía, considera que el derecho judicial emanado del recurso de amparo permite concretar la Constitución así como ayudar a que ésta eche raíces¹³

En el caso norteamericano, el Dualismo Democrático Constitucional parece haber sido sugerido, desde temprana época, por Hamilton y sus compañeros de causa desde El Federalista, como se puede corroborar en el número LXXVIII, cuando negaba que el contralor judicial pudiese implicar una superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Allí podemos apreciar el argumento principal en que bebió el “*Chief de Justice*”, Marshall para proferir el histórico fallo que inauguró el Control Judicial de Constitucionalidad de las normas:

“Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a ésta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser

¹¹ P. Häberle citado por J. Limbach. *Ibíd.* P. 124.

¹² “Las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución”. Artículo 20 del Decreto 2067 del 4 de diciembre de 1991, mediante el cual se fija el régimen procedimental de los juicios y actuaciones ante la Corte Constitucional.

¹³ LIMBACH, J. Ob. Cit. P. 105.

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

“Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”¹⁴

De manera pues que en este sentido los autores que estamos reseñando no hacen más que desarrollar los planteamientos de los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, cuando publicaron en la prensa de New York sus artículos en defensa de la Constitución. La tesis Dualista de la Democracia asume así una teoría de *“adjudicación constitucional”*, como acertadamente lo han señalado Ackerman y Rosenkrantz al hacer que el Tribunal Constitucional se imponga como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo, o, que son su *“propio patrimonio”* e impedir, por los medios a su alcance, el que sean vulneradas por los poderes constituidos. De ahí que para quienes participamos de esta visión, la Corte Constitucional es, en el fondo, una *“una institución conservadora de la voluntad popular tal como ésta es expresada en los momentos constitucionales”¹⁵*

La democracia constitucional que dicen vivir nuestros políticos, dirigentes y gobernantes es desde todo punto de vista diferente, pues para ellos es la Monista la valedera. Por el contrario, la que defiende la Corte Constitucional oscila entre la Dualista y la Fundamentalista. Desde el punto de vista expuesto aquí, la visión de nuestra primera Corte va en contravía de las apreciaciones y aspiraciones políticas de aquellos.

¹⁴ HAMILTON, MADISON y JAY. Ob. Cit. P.332

¹⁵ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. Ob. Cit. P.18

Finalmente, la tercera escuela de la democracia constitucional es la llamada del Fundamentalismo -o fundacionalismo- Democrático Constitucional. A diferencia de las dos anteriores, ésta considera que el Pueblo, en algunos asuntos puntuales, no tiene la autoridad necesaria para cambiar la Constitución, sobre todo en lo tocante con ciertos derechos, valores o principios esenciales al ser humano, a la dignidad de la persona o de los pueblos. Concibe la idea de que hasta la voluntad política mayoritaria de un pueblo puede tener límites en sus decisiones o en su accionar y éstos se expresan frente a los Derechos Humanos -los Derechos Fundamentales, cuando se iuspositivizan en el orden interno-. El compromiso del fundamentalismo es con los Derechos Humanos y con el concepto de la Dignidad Humana. Toda decisión del Gobierno, del Legislativo, del Poder Judicial o incluso del mismo Pueblo -Constituyente Primario- debe estar afectada o en sintonía al respeto íntegro por los Derechos Humanos.

Ha sido una novedosa teoría, tratada de utopista, surgida ante la magnitud de la barbarie generada en la Segunda Guerra mundial, donde la mayoría absoluta de la Nación más culta de Europa apoyó sin reticencias una política irracional y salvaje como en pocas ocasiones en la historia se había visto. Doctrinantes de esta escuela han sido espíritus humanistas y liberales como Ronald Dworkin y Carlos Nino; conservadores como Richard Epstein o colectivistas como Owen Fiss. Para ellos,

*“cualquiera sea el contenido de los derechos, la Constitución está, primero y principalmente, comprometida con su protección. (...) (pues) la razón de ser de los Derechos es que ellos sirven como vallas a la prosecución de objetivos colectivos por parte de las instituciones democráticas. En la visión fundamentalista si los derechos fuesen a ceder frente a decisiones colectivas ellos no satisfarían el rol que están llamados a desempeñar”*¹⁶

Mientras que los dualistas toman como valor central de qué hacer del Control Judicial de Constitucionalidad la defensa del “Principio Democrático”, los fundamentalistas estiman que la esencia del ejercicio de dicho control es la defensa y respeto por los valores funda-

¹⁶ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. Ibid. P.23

cionales de una sociedad en la que primero debe hacerse reinar a la Justicia para que pueda ser Democrática. La Justicia es el valor “*sine qua non*” se puede consolidar la Democracia; si el Estado no es Ético no puede ser tampoco, en consecuencia, ni democrático ni libre.

Las fuentes doctrinarias de los fundamentalistas son principalmente filosóficas, no estrictamente legales: Kant, vía desarrollo de John Rawls; Locke, vía R. Nozick, en el mundo anglosajón; en la esfera del “*Civil Law*” se agregan, así mismo, otras más cercanas a la tradición del “*Derecho Natural*”, con autores como Althusio y Grocio. Tal vez sea eso lo que desquicie a los cultores de la fría y pretendida aséptica norma positiva, por sí misma, y por eso le endilgan un trasfondo “moralista” al sustento de esta concepción de la democracia constitucional que arraiga en el convencimiento de que “*el liberalismo igualitario es la mejor teoría de derechos*”¹⁷

Más que la Democracia propiamente dicha, lo que importa a esta teoría particular, son los Principios y los Derechos, concebidos incluso como límites a la Democracia, pues los Derechos “*son definidos con independencia del proceso democrático*”¹⁸. La Democracia no puede quedar reducida simplemente a lo que disponga la mayoría numérica, ya sea esta la simple, la cualificada o la reforzada; hay que matizar al respecto, democrático será lo que decida la mayoría siempre y cuando la decisión adoptada o aprobada no desconozca derechos básicos e irrenunciables. Por ejemplo en el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal ha estatuido que la función primordial de los Derechos Fundamentales no es más que la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del propio Poder Público y para ello está la Constitución, que no puede ser entendida como un orden axiológicamente neutro, sino como un

¹⁷ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. *Ibidem*. P.23

¹⁸ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. *Ibidem*. P.25

El maestro Ferrajoli en esta misma línea de pensamiento apunta que la finalidad de una Constitución es nada menos que la consolidación de la igualdad de todos en las libertades y en los derechos sustanciales:

“Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”.

-FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. P.28 (Subrayas fuera de texto).

verdadero orden objetivo material de valores fundamentales cuya clave de bóveda es nada menos que *“la dignidad intangible del ser humano”*¹⁹

Resulta conveniente recabar un poco sobre lo que es o se entendería ser la Democracia o el proceso democrático. El concepto de democracia es altamente controvertido hasta el punto de que quizás pocos polarizan tanto a la opinión docta como a la corriente en una sociedad. La Democracia no es la misma en todos los pueblos, ni siquiera en los occidentales. Ella es susceptible de múltiples lecturas y de múltiples modelos, como por ejemplo el madisoniano o el radical rousoniano; el procedimentalista norteamericano

¹⁹ De manera documentada así lo entiende igualmente el profesor Villacorta –en su artículo inédito “Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales”- y en el que señala, reseñando a grandes tratadistas en la materia:

“ciertas vacilaciones –excesivas- mostradas por algunos sectores minoritarios de nuestra doctrina científica, acerca de la procedencia –entendida en sentido plural, por así decirlo- del concepto orden de valores, y su adecuación al objeto de expresar el sentido y fines del sistema de derechos fundamentales, y al margen de su dificultades de concreción sea material sea funcionalmente, conviene repasar la propia Lüth-Urteil –BverfGE 7, 198, 205 y ss.-, donde, para definir los derechos fundamentales, es frecuente el empleo de las expresiones “objektiven Wertordnung”, o “eines Wertsystems”, en fin, “der Grundrechte als Wertrangordnung”, y a la hora de hallar el fundamento del mismo, como se apuntó en el texto, dirá: “seinen Mittel punkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden Persönlichkeit und ihrer Würde findet”; además de ser múltiples las referencias a la Constitución como orden de valores en la jurisprudencia del Tribunal, en las que se habla de: “grundgesetzlichen Wertordnung(...)unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems”, o en las que se reclama la resolución de cualquier conflicto interno relativo a un derecho fundamental conforme al orden de valores constitucional: “nach Massgabe der grundgesetzlichen Wertordnung un unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems”, orden de valores que encuentra precisamente en la dignidad humana su valor supremo –“oberster Wert”. Y es que, hace ya algunos años consideró Rudolf Smend que los Derechos Fundamentales contenían los factores objetivos que permitían la integración, al ser expresión de un sistema cultural de valores indicativo del sentido de la vida estatal establecida por la Constitución, y como Hermann Heller, además de subrayar su carácter de compromisos formales, los definiera como “formas de la vida social que habían penetrado la realidad cultural, política y económica”. En este sentido, como explica L. Recaséns Siches, corresponde al pensamiento genial de M. Scheler y luego a N. Hartmann, el mérito de haber subrayado que los valores son esencias ideales, a priori, con una dimensión objetiva, en el sentido de que debe entenderse no como simple subjetividad, sino como la afirmación de que los valores no son la sola expresión de mecanismos psicológicos, no como si fueran el segregado de funciones mentales, antes bien, por el contrario, constituyen ideas con intrínseca validez, pero esa validez objetiva de los valores sería intravital, es decir, se da dentro de la vida humana y en relación esencial con ésta, lo mismo con los términos generales de ella, como también con referencia a cada una de sus situaciones particulares a que tales valores sirven para darnos los criterios y las medidas que deban ser utilizadas en la promoción de la igualdad, unas veces aritmética, otras proporcional, de la armonía que la idea formal de la justicia demanda (...) la tarea de establecer una igualdad (...) presupone o requiere criterios para medir o evaluar las realidades que deben ser igualadas o armonizadas, (...) porque la idea de igualdad de proporcionalidad o de armonía, no nos suministra ningún criterio de mensura, no nos da el principio práctico mediante el cual podamos establecer esa igualdad simple o esa igualdad proporcional o armónica, no nos muestra cuál deba ser el punto de vista desde el cual podamos determinar la igualdad o la proporcionalidad. De acuerdo con el autor, los valores no son esencias parecidas a las ideas platónicas. Por el contrario, los valores están esencialmente referidos y vinculados a la vida humana; tienen sentido en la vida humana y para ella, si bien ese sentido sea objetivo, y asimismo los valores tienen sentido también con referencia a las situaciones particulares de la vida; de esos valores derivan directrices necesariamente válidas, criterios de inspiración con intrínseca validez. Los valores no son meras esencias, por así decirlo, flotantes, sin directriz determinada de realización, sin destinatario. Por el contrario, tienen su sentido esencial en constituir fuentes de inspiración para el comportamiento individual humano. Es precisamente en la vida humana, tanto en la individual como en la social, donde los valores deben ser realizados. Por lo tanto, nada tiene de extraño el hecho de que exista una íntima y profunda conexión entre los valores y el sentido de la realidad humana. Tratado general de filosofía del derecho. México, 1970. Nueva Filosofía de la Interpretación Científica. México., 1956. “Unicidad en el método de interpretación del Derecho” en Estudios jurídicos y sociales: Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra. Volumen I. Pp. 213-243”.

no o el fundacionalista alemán. Se dan democracias de tipologías censitarias, ampliadas, restringidas, cualificadas, directas, indirectas, representativas, participativas, igualitarias, desarrolladas y pobres. Las hay reales y semánticas. Se puede concebir, así mismo, una democracia clásica como la “*Deliberativa*” de Robert Dahl²⁰, que es en el concepto de algunos entendidos el más adecuado modelo, si se parte de la idea de que la democracia pura es una utopía.

La diferencia entre dualistas y fundamentalistas, a nuestro criterio las escuelas más convenientes de adoptar en un medio como el colombiano, han sido fijadas magistralmente por Ackerman y Rosenkrantz, cuando sostienen que

*“el dualismo es democrático primero y protector de derechos después -definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada-. El fundamentalismo revierte esta prioridad (...) la Constitución es, primero y principalmente, un instrumento protector de “Derechos” de tal modo que sólo después que estos “Derechos” son garantizados el proceso democrático puede abrirse su propio camino”*²¹

En resumen, y ya para concluir con este apartado, los Fundamentalistas se atemperan a los imperativos del Estado Constitucional o del Estado Social, Democrático y de Derecho, mientras que los Dualistas, sin incurrir en los excesos de los Monistas, se han quedado rezagados en los postulados del Liberalismo Clásico, aferrados a una visión procedimentalista de la democracia.

La Constitución Alemana, paradigma de los Estados Constitucionales modernos, consagra de manera explícita unas cláusulas pétreas, una serie de normas o principios que les está vedado cambiar al Constituyente Secundario -“*entrenched principles*”- por las que ciertos derechos fundamentales no pueden ser revisados ni aún por los procedimientos de reforma constitucional. En nuestro ordena-

²⁰ Democracia no es más que la libertad que tiene un pueblo o una sociedad para asumir su propio destino, pero bajo el condicionamiento difícil de cumplir de que dicho pueblo, su base social se a no sólo culto e ilustrado políticamente sino ante todo virtuoso. La deliberación consiste en que una decisión debe estar condicionada a un previo marco deliberativo, a una discusión enmarcada en un conjunto de derechos y garantías que deben respetarse, y en la que convergen diversidad de intereses sociales y políticos, pero siempre bajo el norte de que lo que se busca es el beneficio de la mayor variedad de los grupos sociales. Para su logro se debe partir de ciertos niveles de consenso, puesto que la sociedad política está fundamentada en la base de la diversidad y de la diferencia.

²¹ ACKERMAN, Bruce y Carlos Rosenkrantz. Ob. Cit. P.25

miento no se consagran de forma tan tajante²², pero lo cierto del caso es que ahí están, permitiendo a la Corte Constitucional mantenerlos incólumes, recurriendo a las normas constitucionales deontológicas y axiológicas que son rectoras de las normas propiamente orgánicas o constitutivas a quienes informan y complementan y que obligan al propio Legislador y a los demás poderes constituidos. Se han consagrado una serie de principios constitucionales que no pueden ser desvirtuados por las mayorías políticas y que, por lo tanto, son cláusulas pétreas para el Poder Legislativo cuando actúa como legislador extraordinario. Los Principios, Valores y Fines que en el Estatuto Superior se recogen se han diseñado para ser desarrollados y acatados por todos los poderes del Estado. De ahí que estimemos que una teoría fundamentalista de la democracia y de adjudicación constitucional bien puede ejercerse validamente entre nosotros. Es más, no sólo puede sino que debe ejercerse!

Ello es apenas el corolario de la realidad, si atendemos que el Parlamento entre nosotros desde 1885 dejó de ser el centro de la acción política nacional y no cumple con sus funciones a cabalidad, sino que, por el contrario, cada vez más se las endosa a un Ejecutivo hipertrofiado, venal y corrupto, que hace birla de los intereses populares. Por tales razones en Colombia los ideales de la democracia monista no caben ni deben aplicar. Su fracaso ha sido notorio y estrepitoso, desde 1819 hasta el presente. Es tiempo ya de superar esta concepción, como lo ha entendido, a su modo, la Corte Constitucional cuando por las decisiones de algunos de sus magistrados se abandona por la vía del neoconstitucionalismo.

De otro lado, el pueblo colombiano no ha sido sabio, ni puede serlo dadas las injustas condiciones sociales en las que vive sumido; dado su grado de postración espiritual y cultural; dadas sus condiciones de atraso material; dada su apatía y pusilanimidad políticas. Razones por las cuales no estaría en capacidad de comprender las implicaciones de ciertas políticas públicas o sociales, no estaría en condiciones de tener directa participación en las decisiones políticas trascendentales. Es más, ni siquiera el ideal de democracia dualista tampoco sería factible de ser mantenido entre nosotros. De ahí que entre estos dos extremos no quepa sino la democracia fundamenta-

²² En Colombia aparentemente no se ha dispuesto de tales normas pétreas, hecho por el cual algunos doctrinantes consideran que sería posible, entonces, por parte del legislador ir mucho más lejos que en Alemania.

lista como la que podría, en un momento dado, transformar positivamente nuestro panorama social y político en aras de consolidar una sociedad más justa y progresista.

La visión de nuestros viejos constitucionalistas fue monista y continúa siendo así, incluso participan de un “*monismo no democrático*” en su vertiente conservadora, alimentado por la derecha. Monismo no democrático, embebido en la obra de Núñez y de Caro, en la obra primigenia de 1886, sustentada en el pensamiento de Jean Bodin y en el de Thomas Hobbes. Monismo no democrático, amparado en el “*formalismo jurídico*” y en el “*decisionismo político*”, mediante los cuales se confiere legitimidad a cualquiera que posea la fuerza para legislar, como queda en evidencia en este último quinquenio, en las que las teorías neobodianas o neohobbesianas están al orden del día y en el que el canto de la autoridad y las medidas extremas basadas en el terror del Estado se implementan día a día a costa de las libertades ciudadanas, ante la mirada indiferente de un pueblo, sin memoria, de una sociedad afásica por desgracia.

Para infortunio de los verdaderos demócratas colombianos, la Corte Constitucional ara sobre un campo estéril: atacada por los grandes poderes es la gran incomprendida por la indolencia social ciudadana, que a pesar de apreciarla con cierto nivel de simpatía no se atreve a movilizarse de forma organizada saliendo en su defensa, ni a pronunciarse en su favor ofreciéndole su abierto respaldo. Un pueblo amedrentado no sólo por las fuerzas del poder sino también por las paraestatales y demás organizaciones de choque que lo apoyan y sostienen, desde la marginalidad de la sombra criminal; una sociedad civil que no se impone de la obligación no sólo política sino ética que tiene para hacer respetar y para hacer valer ciertos derechos fundamentales suyos, de la sociedad, del individuo, que incluso son anteriores al Estado mismo y hasta lo trascienden. El destino futuro de esta sociedad no puede recaer en un todo y por un todo en la Corte Constitucional, que a pesar de sus buenas intenciones no consolidará nada si las directrices que emite no son respaldadas por la sociedad civil.