



Constitución, democracia y garantismo en los derechos humanos.

Una propuesta de marco conceptual para la maestría en Derecho¹

JULIO ARMANDO RODRÍGUEZ ORTEGA*

RESUMEN

Este informe de investigación pretende hacer un aporte para la conformación de la estructura curricular y del marco conceptual del programa de Maestría en Derecho, teniendo en cuenta que se evidencia un debilitamiento del constitucionalismo en el ordenamiento jurídico global, al tiempo que se observa el protagonismo del Derecho natural y el garantismo en el campo de los derechos humanos. Es posible demostrar que el constitucionalismo ha perdido vigencia en el mundo y que el ordenamiento jurídico internacional ha perdido fuerza por el surgimiento de nuevas formas de poder en las que están apareciendo categorías jurídicas y políticas no convencionales como resultado de un realineamiento político global. El papel del constitucionalismo en las sociedades contemporáneas se ha debilitado y se evidencian numerosas regulaciones que no corresponden al viejo y tradicional diseño del Estado, y que más bien codifican importantes principios y mecanismos propios del garantismo iusnaturalista. En tal sentido esta propuesta se orienta a proponer una nueva temática que sirva de eje a la maestría, es decir, un enfoque institucional, que aporte a la situación social y política de Colombia elementos teóricos y conceptuales que correspondan a las actuales tendencias de la dogmática constitucional y jurídica.

PALABRAS CLAVE: informe de investigación, maestría en Derecho, estructura curricular, Derecho natural, garantismo constitucional, iusnaturalismo.

ABSTRACT

This research report tends to contribute to the configuration of the curricular structure and the conceptual framework of the Master Program in Law, in view of the fact that it is proof the weakness of the constitutionalism on global legal systematization and at the same time it is observed the importance of natural law and the garantism on Human rights. It can be certainly proved that constitutionalism has lost effective date in the world and that international law systematization has also lost importance because the arising of new ways of power appearing as non conventional, legal and political categories as a result of a political and global call. The role of constitutionalism in the contemporary societies has weaken and has evidenced new regulations which do not correspond to the aged traditional state designed; but also, codifying significant principles and mechanisms linked to natural garantism. In that sense, this plan tends to propose a new issue to building a line for the Master; in other words, an institutional approach that helps to conduct Colombia on political and social theories and conceptions concerning the current constitutional and legal dogmatic tendencies.

KEY WORDS: research report, master in Law, curricular structure, natural law, constitutional garatism, naturalism.

Fecha de recepción: agosto 27 de 2010

Fecha de aceptación: octubre 20 de 2010

1. Informe de investigación presentado como propuesta para la conformación de la estructura curricular de la maestría en Derecho, énfasis en Derecho Público. Bogotá, junio 2010.

* Magister en Derecho Público; docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia.



Introducción

Afirma el profesor Óscar Mejía en su obra *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*, que la validez del sistema jurídico depende de un mínimo de eficacia sin la cual aquella queda totalmente en entredicho. A su vez la eficacia supone un nimio grado de aceptación que el sistema tiene que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo de justificación, en otras palabras de legitimidad.² Sin duda alguna el constitucionalismo moderno está en crisis, los conceptos en los que se sustentaba se diluyen, y se perfilan nuevas instituciones a nivel global.

El Estado desplaza competencias a organismos internacionales y supranacionales; se crean tribunales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional; se regula el trabajo, la libertad de comercio, la propiedad intelectual, entre otros. A nivel interno poderosos intereses económicos

globales imponen criterios de organismos multilaterales de crédito, de naciones extranjeras, perdiendo el Estado su dominio y relativizando su soberanía.

La supremacía de la Constitución se confunde con la hegemonía de los tratados internacionales. Los derechos humanos se suspenden ante amenazas de terrorismo, las élites políticas aplican casi de manera permanente el estado de excepción, y los textos constitucionales no tienen límites precisos, no se aplican o se hacen efectivos solo aquellos que son accesibles a sectores privilegiados, en otras palabras, el contenido de la Constitución no es fácilmente determinable ni aplicable, como tampoco lo es su esencia.

Las élites políticas y económicas huyen hacia los centros de globalización, las masas se diferencian en etnias y minorías en busca de garantías específicas, y las personas tienen un marcado y permanente sentimiento de

inseguridad. La Constitución ya no es sólida, sus bases ya no son firmes, sus mandatos se diluyen y se aplican solo eventualmente.³

En determinados contextos, el derecho en general y la justicia constitucional en particular, pueden llegar a constituir instrumentos de emancipación social.⁴ Pero no por ello el derecho pierde su faceta de dominación social: las potencialidades emancipadoras de la justicia constitucional son limitadas y el predominio de las estrategias judiciales tiene riesgos sobre el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales.⁵

Si históricamente los derechos se han reclamado para asegurar la emancipación formal de individuos estigmatizados, traumatizados y subordinados por entidades sociales particulares, y para asegurarles un lugar en el discurso humanista de la personalidad universal, ¿qué sentido tiene desplegar estos

2. MEJÍA, ÓSCAR. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

3. CHARRY URUEÑA, JUAN MANUEL. Constitución líquida. En: *Ámbito jurídico*. Bogotá, mayo 2010, pág. 12.

4. GARCÍA, MAURICIO y UPRIMNY, R. Corte Constitucional y emancipación social. En B. de S. Santos y M. García Villegas (eds). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2004.4. Ibid, pág. 509.

5. Ibid., pág. 509.



derechos en nombre de identidades que buscan confundir a la fantasía humanista y qué sentido tiene el discurso de los derechos contra los privilegios que dichos discursos han garantizado tradicionalmente? Al intentar responder estas preguntas sobre el despliegue actual de los derechos no estoy preguntándome si los derechos como tal son emancipadores, señala Wendy Brown en su escrito “Lo que se pierde con los derechos”.⁶

Si el Derecho no es emancipatorio sino que es una especie de alma buena como lo afirmara el profesor Mejía, el derecho expresa la impotencia del deber ser y es precisamente en este contexto cuando hace su aparición el Iusnaturalismo universal y objetivo, una teoría jurídica autónoma que predica el garantismo y lo presenta como una alternativa seria.

El garantismo

Sobre el concepto de garantismo⁷ Ferrajoli reconoce tres acepciones que corresponden a un modelo de derecho y a una propuesta de teoría general del Derecho. En el primer caso, como una alternativa al Estado de derecho; en el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder.⁸ Ferrajoli hace mención a las antinomias presentes en todos los sectores de un ordenamiento jurídico complejo, entre principios de nivel normativo superior y normas prácticas de nivel inferior. Los primeros caracterizados por cierto grado de ineffectividad y las segundas por un grado correspondiente de invalidez o de ilegitimidad.

El jurista italiano no duda en asumir una postura respecto al derecho: el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos, y el garantismo como modelo alternativo de Estado de derecho y como propuesta de una Teoría general del derecho. El garantismo nació para oponerse al Estado ilimitado y en los últimos años se enfrenta a un “estado de excepción”, un espacio vacío de derecho, zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas y, sobre todo, la distinción misma entre lo público y lo privado, son desactivadas a partir de la subordinación “absoluta” de lo político a lo económico.⁹

Una aproximación a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales desde la propuesta teórica de L. Ferrajoli, permite señalar que para este

6. WENDY, BROWN. Lo que se pierde con los derechos. En: *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003, págs. 75-156.

7. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, pág. 851.

8. FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005, pág. 290; véase también FERRAJOLI, LUIGI. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, pág. 47.

9. AGAMBEN, GIORGIO. El Estado de excepción como nuevo paradigma de gobierno. En: *Estado de Excepción*. Valencia: Pretextos, 2004, págs. 9-50.



Uno de los componentes de nuestra cultura política legitimada por la propia Constitución, lo constituyen las élites de poder que bajo la apariencia de democracia mantienen estructuras de dominación y subordinación.

autor los derechos fundamentales han modificado de una u otra manera los planteamientos esbozados por la teoría liberal sobre la igualdad y la libertad; han impuesto obligaciones y prohibiciones al poder –dimensión sustancial de la democracia asociada a la esfera de lo indecible–. Tales planteamientos teóricos sobre los derechos fundamentales son importantes, toda vez que han servido de crítica para que las constituciones modernas introduzcan como carga reorientadora¹⁰ de las concepciones políticas, democráticas y jurídicas: la dimensión de los derechos fundamentales como garantías.

Para este autor, existen cambios estructurales tanto en la

perspectiva del derecho como en la democracia, o lo que él ha denominado “el modelo garantista de la democracia constitucional”. El Estado de derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales.

Por esta razón, el garantismo puede ser abordado desde la filo-

sofía política, desde la teoría del Derecho y desde el positivismo jurídico, cuyo marco de acción es el Estado constitucional de derecho, que encarna un estricto principio de legalidad. Garantismo¹¹ significa en términos de Ferrajoli, tutelar y establecer mecanismos para proteger los derechos o bienes individuales frente a otras intromisiones tanto del Ejecutivo como de otros poderes, idea ya esbozada por Montesquieu, quien pensaba que el poder hay que limitarlo para evitar sus abusos¹². Ferrajoli aporta desde el garantismo –positivismo crítico–, una superación de la ilegitimidad en la que han caído los modernos Estados de derecho, y apuesta por la justificación de un Estado democrático de derecho susten-

10. *Ibíd.*, pág. 32.

11. HABERMAS, JÜRGEN. *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta, 2004.

12. HABERMAS, JÜRGEN. Democracia, derechos humanos y soberanía popular. La versión liberal y republicana. En: *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.



tado en una concepción normativa que apunta a las garantías de los derechos como vínculos y límites al legislador.

Una de las funciones del garantismo es denunciar las lagunas y antinomias que se presentan en el sistema jurídico; situación que lleva a que Ferrajoli no crea que se deban solucionar dichos problemas por medio de la participación democrática, sino que es el juez quien debe depurar todas estas patologías, pues el garantismo representa la otra cara del constitucionalismo, en especial aquella que se encarga de “formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente.”¹³

En otras palabras, hay cosas que una democracia debe respetar, como el derecho de las minorías, el derecho de los disidentes, derechos fundamentales inmodificables en las constituciones actuales, tales como la dignidad

humana o la prohibición de la tortura. Cuando una democracia adopta la forma de democracia constitucional de derecho, la posible violación de los derechos por parte de los poderes públicos y privados queda sometida a los límites que estos interponen a tales poderes; de “allí su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares...”¹⁴

El garantismo se ofrece como un mecanismo que está al servicio de los derechos fundamentales tanto en su dimensión formal como sustancial. Se tiene presente el respeto por el procedimiento democrático y por la producción de las leyes como condición necesaria para asegurar la validez –qué se manda y qué no se debe mandar–, validez sustancial y la vigencia, requisito formal de producción de las normas; lo que significa, según Ferrajoli, que “si bien una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien

podemos llamar normas sustanciales sobre la producción”¹⁵.

La tesis del final de la política en el plano nacional y el comienzo de una política transnacional, nos conduce como se decía anteriormente al rompimiento de las fuentes de su legitimación, de tal forma que la democracia y su legitimidad en los Estados y gobiernos modernos adquieren nuevas fuentes de legalidad, que serán valoradas por la capacidad o efectividad para resolver los problemas de la sociedad civil global.

Considera el profesor Mejía que es necesario ampliar las fuentes de la legitimación del dominio político por cuanto la legalidad democrática y la eficiencia colocan en entredicho el orden completo de la legitimidad del Estado. Se afirma que estas fuentes son ademocráticas, porque a pesar de su globalidad se sustraen de los procedimientos democráticos. En concepto del mismo autor¹⁶ el orden nacional

13. HABERMAS, JÜRGEN. El nexo interno entre Estado de derecho y democracia. En: JOSÉ ANTONIO GIMBERNAT, (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

14. HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, págs. 263 a 280.

15. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, págs. 263-280.

16. *Ibíd.*, MEJÍA Q., ÓSCAR. Obra citada, págs. 262 y 263.



se derrumba, surgiendo un orden transnacional, cuya fuerza política legitimadora aún es incierta y poco clara.

El consenso podría convertirse en una fuente de legitimación y conlleva la unidad de pueblo Estado, democracia y nación, que se resquebraja con la globalización de los espacios nacionales y sobre todo la globalización económica y cultural que amenaza la continuación de los Estados poliétnicos, conduciendo todo lo anterior a la pluralización del universo estatal que se plantea desde la relación entre particularismo y universalismo en las formas de Estado particulares.¹⁷

De todas formas la hipótesis sobre el ocaso del constitucionalismo se demostrará a partir de una caracterización de la sociedad global, en tanto sociedad compleja y en conflicto entre diversas concepciones de modernidad, cuya naturaleza sociológica en cuanto sociedad capitalista tardía evidencia un impacto en las sociedades latinoamericanas, que en el momento actual necesitan identificar



La tesis del final de la política en el plano nacional y el comienzo de una política transnacional, nos conduce como se decía anteriormente al rompimiento de las fuentes de su legitimación, de tal forma que la democracia y su legitimidad en los Estados y gobiernos modernos adquieren nuevas fuentes de legalidad, que serán valoradas por la capacidad o efectividad para resolver los problemas de la sociedad civil global.

alternativas potenciales frente a la globalización.

El iusnaturalismo

El iusnaturalismo y el garantismo están adquiriendo marcado protagonismo a medida que los movimientos sociales y las organizaciones de base comunitaria se colocan en un primer plano, y las élites del poder legitimadas en el constitucionalismo pasan a segundo plano. Según la forma como se contextualiza el Estado en esta nueva sociología jurídica, se evidencian más diferencias en la estructura organizativa del Estado y en la posibilidad de que los movimientos sociales encuentren aliados en organismos supranacionales y no gubernamentales.¹⁸

Este fenómeno es aún más evidente cuando se advierte que las luchas urbanas locales ayudan a establecer los términos de los debates políticos internacionales en materia de actores, con fuerza suficiente para alcanzar el cambio, tales como las organizaciones no gubernamen-

17 MEJÍA Q., ÓSCAR. Obra citada, págs. 266- 267.

18. EVANS, PETER. *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Bogotá: ILSA, Capítulo I.



tales –ONG–, y los organismos públicos locales que a pesar de sus limitaciones y debilidades pueden alcanzar una capacidad sorprendente para realizar proyectos colectivos. Por lo anterior las comunidades locales son esenciales para despertar la atención de los organismos públicos respectivos, acerca de los aspectos cotidianos que pueden garantizar un cambio en la realización de las aspiraciones al desarrollo a nivel global, construyendo alianzas influyentes entre los grupos que componen la sociedad civil.

Si dirigimos nuestro estudio hacia la sociedad civil, sus intereses y proyectos, vemos que los gobiernos, incapaces de enfrentar los procesos económicos mundiales, sufren una migración que aleja sus programas de todo objetivo productivo, lo cual los hace más débiles y vulnerables ante las potencias capitalistas. Rawls nuevamente dice: “sus integrantes ingresan a ella sólo por nacimiento y salen de ella sólo al morir”.¹⁹

El garantismo nació para oponerse al Estado ilimitado y en los últimos años se enfrenta a un “estado de excepción”, un espacio vacío de derecho, zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas y, sobre todo, la distinción misma entre lo público y lo privado, son desactivadas a partir de la subordinación “absoluta” de lo político a lo económico.

Revisado el pensamiento de Habermas en su obra *Facticidad y validez*, se encuentra la teoría del discurso sobre el contenido normativo del sistema de los derechos y de la idea de Estado de derecho. Partiendo de los planteamientos del derecho natural racional, trata de mostrar cómo, en la situación de las sociedades complejas como son las nuestras,

cabe entender de modo distinto y nuevo la vieja promesa de una auto organización jurídica de ciudadanos libres e iguales, haciendo análisis y desarrollando el concepto discursivo de derecho y de Estado democrático de derecho en el contexto de las discusiones contemporáneas.²⁰

El constitucionalismo nació y vivió siempre en el entorno del concepto de soberanía nacional y posteriormente soberanía popular. Cuando irrumpen en el mundo los procesos de transnacionalización del derecho, la modernidad y los lazos específicos de parentesco que relacionan los diferentes ordenamientos jurídicos bajo los efectos de la globalización económica y política, se inicia un proceso de mundialización, que comenzará a dejar el constitucionalismo como un asunto del pasado.

Es así como la transnacionalización de la relación jurídica del Estado Nación, ampliamente esbozada por Boaventura de Sousa Santos²¹, señala que los

19. RAWLS, JOHN. *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996, págs 247 a 292.

20. HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y Validez*, págs. 270-271.

21. DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *La globalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998, págs. 79 y 80.



cambios en el derecho estatal de un país han recibido la influencia de presiones internacionales, formales e informales, de otros Estados, agencias o actores transnacionales, de tal forma que su impacto ha afectado significativamente sus sistemas normativos y particularmente el rol tradicionalmente ejercido por el constitucionalismo propio de las democracias liberales.

El lugar que asignó kelsen a la norma constitucional, en la jerarquía del sistema jurídico interno, ha dejado de existir pues su espacio está siendo ocupado por regulaciones, que constituyen como lo señala De Sousa Santos,²² “principios de la herencia común de la humanidad”, concebidos de manera amplia, que están ejerciendo protagonismo para convertir esos principios en el concepto aglutinante en la búsqueda de un nuevo orden mundial sostenible en el campo jurídico político y social.

En concepto del mismo autor, el principio de la herencia común de la humanidad avanza hacia el *ius humanitatis*, un derecho

de y para la humanidad, como un todo, el derecho de una condición humana, decente, de una interacción no dualista, sino más bien mutualista, que rompa de muchas formas con las premisas básicas, tanto del derecho del Estado Nación, como del derecho internacional tradicional, es decir que logre crear una nueva especialidad, más allá de lo local, lo nacional y lo internacional, caracterizada como una especialidad jurídica global.²³

Al desaparecer el tradicional constitucionalismo con su micro ética individualista de corte liberal en su papel protagónico a nivel nacional, el *ius humanitatis* romperá con la reciprocidad convencional entre derechos y deberes y tomará a la humanidad como titular de los derechos humanos, con lo cual estaremos asistiendo al resurgimiento del principio de la comunidad en un nuevo enfoque de los sistemas normativos.

El concepto de soberanía que legitimaba el constitucionalismo comienza su erosión y será reemplazado por decisiones propias de la cooperación multilateral,

por medio de las cuales los Estados miembros asumirán nuevos roles y nuevos enfoques en la comunidad global. La dispersión paulatina de la soberanía tendrá consecuencias diferentes y selectivas y a menudo contradictorias en los distintos Estados, para enfrentar los nuevos riesgos y dificultades con un desafío emancipador, posibilitado por la intensificación de los efectos de la transnacionalización de los sistemas jurídicos.

En torno a este enfoque se habla reiteradamente de la democracia consensual en Mejía Quintana, o del consenso entrecruzado en la teoría neocontractualista de John Rawls, punto de vista que vale la pena mencionar. El constructivismo, el consenso entrecruzado y la noción de razón pública acercan a Rawls sustancialmente con las posiciones comunitaristas, en las cuales la persona es entendida como ser integral, como base de consenso y fundamento de racionalidad, pero sobre todo en su proyección social como sujeto colectivo.

Se garantiza así el inalienable derecho a que como individuo o

22. *Ibíd.*, págs. 256-257.

23. *Ibíd.*, págs. 257-267.



minoría, jamás se reprima o se recorte personal o socialmente su posibilidad de disenter, para construir una democracia plena para todos los individuos y todas las minorías, donde no haya lugar para la dictadura de las mayorías, sea cual sea la norma que la proteja en el viejo constitucionalismo legitimador de este espejismo de democracia que aún forma parte de nuestra cultura política.

El tránsito de un consenso constitucional a un consenso entrecruzado supone incrementar estos tres rasgos: profundidad, amplitud y especificidad. La mayor profundidad del consenso entrecruzado exige que los principios ideales políticos se integren en una concepción política de la justicia que se nutre de ideas fundamentales de la sociedad y de la persona. En lo que se refiere a la amplitud, el consenso entrecruzado no se limita a los principios políticos y a los procedimientos democráticos que regulan el funcionamiento de las instituciones políticas, sino que se extiende a la estructura básica de la sociedad. Finalmente, con

relación a la especificidad, Rawls admite, en aras de un planteamiento más realista, que el foco del consenso puede ser definido por cualquiera de las diferentes concepciones políticas de la justicia.²⁴

No obstante señala tres condiciones que han de cumplir tales concepciones políticas razonables: primera, una especificación de ciertos derechos, libertades y oportunidades (de un tipo familiar de regímenes democráticos); segunda, una especial prioridad para estas libertades; y tercera, medidas que aseguren a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su posición social, medios de uso universal adecuados para hacer inteligente y efectivo el ejercicio de sus libertades y oportunidades.

Dado que estos elementos pueden ser interpretados de muchas maneras, habrá diferentes tipos de concepciones políticas liberales razonables. Estas compiten con la teoría de la justicia como equidad para convertirse en “el centro de la clase focal”, lo que no impide que Rawls, como es

lógico, piense que su propia concepción es la más razonable, porque es la que mejor satisface las condiciones señaladas.²⁵

Uno de los componentes de nuestra cultura política, legitimada por la propia Constitución, lo constituyen las élites de poder que bajo la apariencia de democracia mantienen estructuras de dominación y subordinación que facilitan y dan viabilidad a la utilización del llamado estado de excepción que se ha convertido en la normalidad democrática. Con fundamento en las consideraciones teóricas sobre las élites políticas dominantes en Colombia y en la naturaleza autoritaria de sus procedimientos, este trabajo se acerca conceptualmente a la caracterización de lo que impropiamente se ha denominado en Colombia régimen democrático participativo y pluralista, que nos es otra cosa sino la negación de las libertades, la igualdad, mediante formas estatistas autoritarias.

El constitucionalismo tradicional ha consolidado las élites

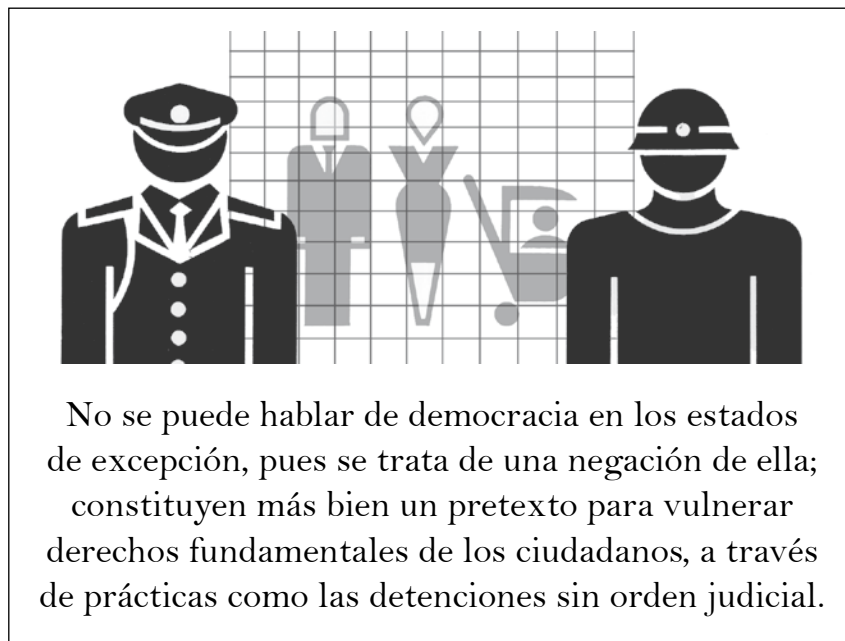
24. RAWLS, JOHN. Ob. Cit., págs. 247 a 292.

25. *Ibíd.*, págs. 204 a 209.



de poder en Colombia al punto que forman parte de la cultura política y se han caracterizado en los últimos años por su tendencia claramente autoritaria, materializada en los estados de excepción casi permanentes o ante cualquier situación de peligro para su hegemonía. El autoritarismo ha sido la relación más corriente entre el Estado y la sociedad, si se tiene en cuenta que la dimensión democrática está ausente, troncada o restringida. La creación deliberada de un estado de excepción permanente ha pasado a ser una de las prácticas del Estado contemporáneo, incluidos los denominados Estados democráticos, de tal manera que el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea.²⁶

Reciente conferencia del profesor Jacques Commaille sobre la justicia como razón política universal, permite señalar el advenimiento de una forma posmoderna de derecho natural



como expresión de una cultura jurídica, para lo cual estarían dadas las condiciones hacia una visión plurinacional más allá de los vínculos institucionales con su propio Estado, puestas al servicio de causas propias de una sociedad civil mundializada.²⁷ Señala el conferencista que numerosos estudios sobre la supranacionalización de la justicia, más que una justa apreciación de la realidad expresaba la aspiración de establecer “un orden jurídico mundial” en un proceso de supranacionalización que se inscribe en

una lógica neoliberal en la cual concurren las élites económicas, políticas y judiciales.

Es así como el ejemplo parte del supuesto de que la instauración de la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido a la promoción de derechos sociales, tomando la forma de derechos supranacionales especialmente para los ciudadanos más vulnerables.²⁸ El constitucionalismo tradicio-

26. AGAMBEN, GIORGIO. Ob. Cit., 2004, págs. 10 y 11.

27. COMMAILLE, JACQUES. ¿Es la justicia la nueva razón política universal? Conferencia inaugural del doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, mayo 7 de 2010.

28. Ibid., pág. 6.



nalmente ha sido el componente legitimador de la política²⁹ y si se pretende demostrar que está llegando a su ocaso, es de advertir que también se está planteando el diagnóstico final de la política, válido para el contexto nacional, con fundamento en la desespacialización del Estado, la transnacionalización, las coaliciones estatales múltiples y, en general, la globalización de las relaciones políticas.

Lo que ha determinado el viejo e inoperante constitucionalismo es que la democracia consiste en el ejercicio de reglas legítimas de competencia política y participación ciudadana en forma amplia y sin discriminación. Sin embargo se observa que ambos componentes han estado ausentes durante la hegemonía de las élites políticas. El autoritarismo en sus distintas manifestaciones ha logrado imponerse en detrimento de la democracia, utilizando mecanismos como el estado de excepción, que tiene un uso temporal y controlado de los

plenos poderes, compatible con las instituciones democráticas, y sin embargo el ejercicio regular y sistemático de él conduce necesariamente a la liquidación de la democracia, pues la abolición provisional de la distinción entre las tres ramas del poder es uno de sus caracteres esenciales, que se manifiesta en la tendencia a transformarse en una práctica de gobierno duradera.³⁰

El marcado autoritarismo que caracteriza los procesos de poder se percibe en la ausencia de instituciones sólidas y legítimas, razón por la cual el mantenimiento de la estabilidad política sacrifica siempre la democracia no solo en sus manifestaciones electorales, sino en los aspectos económicos, sociales y culturales, pues solo tiene acceso a los bienes y servicios propios del desarrollo un porcentaje mínimo de la población; y si se trata del ejercicio de los derechos fundamentales, solo puede disfrutarlos una élite nacional o regional.

Estas manifestaciones de los sistemas constitucionales modernos, llámense estado de excepción, estado de sitio o poderes de emergencia constitucional, no permiten realizar controles efectivos sobre la concentración de los poderes; se convierten en disposiciones cuasi dictatoriales, capaces de transformarse en sistemas totalitarios si se presentan condiciones favorables, pues esta transformación implica inevitablemente un gobierno más fuerte, es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos.³¹

Es aquí donde el estado de excepción presenta analogías evidentes con el derecho de resistencia, pues cuando los poderes públicos violan las libertades fundamentales o los derechos garantizados por la Constitución —la resistencia a la opresión es un derecho y un deber del ciudadano—, tanto en el derecho de resistencia como en el estado de excepción lo que se pone en juego, en última instancia, es el

29. MEJÍA Q., ÓSCAR. *Cultura política, sociedad global y alineación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-UNIJUS, 2009, pág. 261.

30. *Ibíd.*, pág. 18.

31. *Ibíd.*, pág. 19.



problema del significado jurídico de una esfera de acción, que es en sí misma extrajurídica.³²

Igualmente se puede observar que las principales consecuencias del autoritarismo –como modalidad de relación entre el Estado y la sociedad–, son: el distanciamiento de las instituciones sociales respecto de las demandas de la sociedad, la falta de transparencia en sus prácticas, y una burocracia gubernamental que permanece y se turna en el poder, conformando un Estado sin ciudadanos; la proclamación del estado de excepción se concibe no solo como un acto para salvaguardar la seguridad y el orden público, sino como una defensa de la constitución democrático-liberal, convirtiéndose así la excepción en regla.³³

Cuando no hay estados de excepción el Estado es intervencionista y despótico y su fuerza es negada por la ausencia de legitimidad en ejercicio del poder político, dando lugar casi siempre a un Estado débil y

Las principales consecuencias del autoritarismo –como modalidad de relación entre el Estado y la sociedad–, son: el distanciamiento de las instituciones sociales respecto de las demandas de la sociedad, la falta de transparencia en sus prácticas, y una burocracia gubernamental que permanece y se turna en el poder, conformando un Estado sin ciudadanos.

subordinado, a intereses privados instalados en el poder, que haciendo una simbiosis entre soberanía y autoridad deciden sobre el estado de excepción como un poder independiente de la legalidad. Quien sustenta el poder toma la decisión última para proteger la unidad política, recurriendo a mecanismos excepcionales para retornar o establecer la normalidad.

El Estado suspende el derecho en virtud de un derecho de autoconservación, y en esta medida la coacción pasa a ser un elemento constitutivo para lograr la dominación, que en palabras de Weber, si bien la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado sí

es su medio específico, pues la violencia como instrumento propende por la subsistencia del Estado que solo será posible en la medida que los dominados se sometan efectivamente a la autoridad, a partir de la creencia en la validez del orden, es decir, en su legitimidad.³⁴

Las democracias modernas poseen espejismos democráticos que hacen relevante la superioridad de una minoría y la debilidad de la participación política, y los intereses de los gobernados no se ven representados puesto que no pertenecen a la red de poder que está facultada para apropiarse del sistema político y burocrático. En la figura de los estados de excepción suelen

32. Ibid., pág. 23.

33. Ibid., pág. 29.

34. WEBER Y SERRANO, citados por Giraldo Tatiana, en Neodemocracias y autoritarismo: Categorías de la cultura política. En: MEJÍA Q. ÓSCAR, et. al. *Estatuto epistemológico de la cultura política*. Bogotá: Universidad Nacional, 2008, pág. 159.



entrar en conflicto las “razones de Estado” frente a la vigencia del Estado de derecho.

En ocasiones, la defensa del Estado justifica la adopción de cualquier medio para protegerlo de las amenazas que atacan su estabilidad y, a la vez, constituye la legitimación de la ruptura de la legalidad. De allí que autores como Luigi Ferrajoli destaquen la forma como la alteración de las fuentes de legitimidad ha consistido en la asunción de la excepción o de la emergencia, como justificación política del cambio de las reglas de juego que disciplinan aspectos tan delicados como la función penal³⁵.

Los estados de excepción —particularmente el estado de conmoción interior— se colocan entonces en el centro de la tensión entre guerra y derecho, entre orden y violencia y entre democracia y violencia, más aún en un contexto como el colombiano, donde la excepcionalidad suele ofrecer instrumentos que permiten eludir la precariedad

de nuestro Estado. Al respecto, se ha precisado la forma como se ha utilizado la legislación de excepción para compensar simbólica e instrumentalmente el déficit de eficiencia de los aparatos judicial, policivo y militar del Estado, en desmedro de las garantías individuales.³⁶

En los estados de excepción se acentúan los tratamientos puramente represivos a los problemas sociales, económicos y políticos, cuya etiología ameritaría un enfoque distinto. El anotado acento represivo, generalmente significa una presencia y actuación mayores de la fuerza pública. El control judicial, en este contexto, muestra una faceta inédita del antiguo principio de división de poderes, aplicado no a los órganos del poder público, sino al equilibrio y adecuada división de funciones entre la esfera civil y la esfera militar y policiva.

La inestabilidad institucional se vuelve causa y efecto del exceso de militarismo y del espacio que a éste se le cede en el ámbito de

lo político, con perjuicio de su estricta profesionalización. Es evidente que una judicatura débil no querría arriesgarse a probar su fuerza y ante el deterioro de la eficacia de sus fallos, antes que erradicar excesos represivos y poner término a la colonización indebida de lo político por lo militar, acudirá procelosa a tesis inhibitorias, resignando su papel, lo que prácticamente pasa inadvertido, pues son muchas las máscaras que sirven para ocultar el temor y la debilidad de la jurisdicción.³⁷

Sin duda alguna la constitucionalización del poder excepcional del Estado ha contribuido al debilitamiento del Estado constitucional y a su consecuente inclusión en una guerra de fracciones. La práctica de la excepción constitucional en la frontera pseudoconstitucional, se ha convertido en una costumbre bélica en el territorio de la guerra. La excepción ha propiciado el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y por esta vía ha facilitado

35. FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pág. 807.

36. Sobre este punto, ver OROZCO ABAD, IVÁN y GÓMEZ, JUAN GABRIEL. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Santa Fe de Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, IEPRI, 1997, pág. 285.

37. CIFUENTES, EDUARDO. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes de Colombia, ex presidente del Tribunal Constitucional, ex Defensor del Pueblo.



el salto hacia el no-derecho, no sólo de funcionarios del Estado sino también de particulares.

La ineficacia de los objetivos de paz y orden trazados por las medidas de excepción, han producido desengaño respecto de las vías institucionales y una cultura antijurídica que es en parte responsable de la búsqueda, en la sociedad y en el Estado, de mecanismos alternativos e ilegales destinados a conseguir tales objetivos, quedando en claro que el culto a la Constitución y al constitucionalismo pertenecen al pasado y su espacio ha sido ocupado por nuevas regulaciones de carácter garantista adscritas al Iusnaturalismo.

Las nuevas regulaciones no provienen precisamente del constitucionalismo, ni sus fuentes de legitimidad están en la Constitución. Si se verifica la relación de causalidad y convexidad de la medida con la situación específica que hubiere determinado el estado de excepción, entra en juego la élite jurídica, que forma parte de la élite política, y procede a confirmar o legitimar todo lo actuado con fundamento

En Colombia la Constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es la práctica continuada de los gobiernos de recurrir a los mecanismos de excepción. Hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente.

en el concepto de necesidad. Como lo afirma Agamben³⁸ citando el adagio de la literatura jurídica: “la necesidad no tiene ley en cualquiera de sus dos sentidos, no reconoce ley o crea su propia ley materializándose así el poder de hacer lícito lo ilícito, justificando así jurídica y políticamente, el poder de la élite política.”

Esta relación que debe ser “directa y específica” toma en con-

sideración la “proporcionalidad” de las medidas con referencia a la gravedad de los hechos. Sin embargo, la justificación principal del control constitucional está dada por la protección de los derechos frente a la expansión de los poderes presidenciales y al uso que se haga de los mismos. Esta forma de respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos es un fenómeno paradójico; definida con innegable eficacia como una guerra civil legal³⁹, pasa a ser una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos en los que el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.

La situación anterior nos permite afirmar que en Colombia la Constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es la práctica continuada de los gobiernos de recurrir a los mecanismos de excepción. Hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente

38. AGAMBEN, GIORGIO. Ob. Cit., pág. 40.

39. Ibid., págs. 10 y 11.



en un régimen de excepción permanente. Al amparo de ese régimen de excepción, el gobierno no sólo expidió normas relativas a todos los aspectos de la vida social sino que sustituyó así, de facto, al Congreso como legislador y posibilitó la violación de numerosos derechos ciudadanos.⁴⁰ De esa manera, un régimen que debía ser de excepción y de duración transitoria, en la práctica se convirtió en un elemento normal y cotidiano de ejercicio del poder político, con lo cual el régimen constitucional se desfiguró.

Pero no solamente se ha desfigurado y ha perdido protagonismo el régimen constitucional; la manera como se ha utilizado el estado de excepción en Colombia ha implicado un desdibujamiento del Estado de derecho e, incluso, del propio Estado, en beneficio de la ilegalidad. El Estado cambia de roles según los escenarios; es un Estado camaleónico. Los mismos agentes estatales actúan con libretos diferentes según las condiciones. El estado de emergencia o de excepción ilustra esta posibilidad⁴¹.

No se puede hablar de democracia en los estados de excepción, pues se trata de una negación de ella; constituyen más bien un pretexto para vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos, a través de prácticas como las detenciones sin orden judicial, pues otorgan a los organismos de seguridad del Estado una facultad que corresponde a la órbita de competencia de la rama judicial, que ve así invadida su competencia. Tampoco se puede hablar de Constitución, pues ella se ha convertido, como se dijo, en factor de legitimación, particularmente de las normas aplicables, porque la mayoría de ellas solo existen en el papel.

Esa cultura jurídica hace prever que el estado de excepción se dirige a públicos determinados, y que en muchos casos se extiende a otros que nada tienen que ver con los motivos de excepcionalidad. Frente al fenómeno se han formado en la sociedad colombiana contra públicos que desde los años 90 hablan del denominado derecho penal del enemigo, violatorio de garantías constitucionales. A través de los

estados de excepción se persigue la disidencia y se rotula a quienes ejercen desobediencia civil como enemigos del Estado.

Conclusiones

Lo expuesto en este marco está orientado a que la Maestría de Derecho, énfasis en Derecho público, asuma un referente conceptual y teórico propio, caracterizado por los conceptos aquí expresados, y sea claramente diferenciable de las demás y numerosas maestrías que existen en Colombia, las cuales en su estructura curricular siguen los viejos y obsoletos esquemas del Derecho público que han sido ampliamente superados por los fenómenos de globalización del Derecho y de la ciencia política. Se proponen pues asignaturas y seminarios acordes con la problemática expuesta y con la realidad jurídico-social actual.

El punto de partida de tales seminarios de investigación supone que el constitucionalismo moderno está en crisis, los con-

40. UPRIMNY, RODRIGO y GARCÍA MAURICIO. El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En: *Dejusticia*, 2005.

41. *Ibíd.*, págs. 47-48.



ceptos en los que se sustentaba se diluyen, y se perfilan nuevas instituciones de orden global. El Estado desplaza sus competencias a organismos internacionales y supranacionales, se crean tribunales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional; se regula el trabajo, la libertad de comercio, la propiedad intelectual, entre otros. Si el Derecho —y en nuestro caso la Constitución—, no es emancipatorio sino una especie de alma buena cuya validez depende de un mínimo de eficacia que expresa la impotencia del deber ser, es precisamente cuando hace su aparición el Iusnaturalismo universal y objetivo como una teoría jurídica autónoma que predica el garantismo, y lo presenta como una alternativa seria para ser objeto de estudio en la Maestría de Derecho.

El garantismo, como modelo alternativo de Estado de derecho y como propuesta de una teoría general del derecho, nació para oponerse al Estado ilimitado, y en los últimos años se enfrenta a un “estado de excepción”, un espacio vacío de derecho, zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas y sobre todo la distinción misma entre público y privado son desactivadas a partir de la subordinación “absoluta” de lo político a lo económico. Al

desaparecer el tradicional constitucionalismo con su micro ética individualista de tradición liberal, en su papel protagónico a nivel nacional, el *ius humanitatis* romperá con la reciprocidad convencional entre derechos y deberes y tomará a la humanidad como titular de los derechos humanos, con lo cual estaremos asistiendo al resurgimiento del principio de la comunidad en un nuevo enfoque de los sistemas normativos basado en el garantismo, y con fundamento lógico en el iusnaturalismo pues sin duda alguna el garantismo es la otra cara del constitucionalismo.

Con la adopción de este enfoque, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma consolida en la Maestría el pensamiento jurídico y político materializado en la revista Criterio Jurídico Garantista. La aparición de nuevas instancias y mecanismos para la defensa de los derechos individuales y sociales constituye una muralla de contención contra los embates autoritarios y excluyentes, que someten los consensos políticos constitucionales a las decisiones impositivas de mayorías totalitarias, y tendrán que confrontar al movimiento garantista con sus potencialidades emancipatorias efectivas y reales contrapuestas a espejismos jurídicos y jurisprudenciales

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, GIORGIO. El estado de excepción como nuevo paradigma de gobierno. En: *Estado de excepción*. Valencia: Pretextos, 2004, págs. 9-50.
- BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. *La globalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1998, págs. 79 y 80.
- CHARRY URUEÑA, JUAN MANUEL. Constitución líquida. En: *Ámbito jurídico*, Bogotá, mayo 10, pág. 12.
- CIFUENTES M., EDUARDO. Los estados de excepción constitucional en Colombia. En: *Ius et praxis*, Núm. 8-1, enero 2002.
- COMMAILLE, JACQUES. ¿Es la justicia la nueva razón política universal? Conferencia inaugural del doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, mayo 7 de 2010.
- EVANS, PETER. *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. Bogotá: ILSA, capítulo I.
- GARCÍA, MAURICIO y UPRIMNY, R. Corte Constitucional y emancipación social. En Boaventura de Sousa, Santos y M. García Villegas (Eds.). *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá: Norma, 2004.
- GIRALDO, TATIANA. Neodemocracias y Autoritarismo: categorías de



- la cultura política. En: *Estatuto Epistemológico de la Cultura Política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-UNIJUS, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, pág. 851.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005, pág. 290
- FERRAJOLI, LUIGI. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, pág. 47.
- FRASER, NANCY. Esferas públicas, genealogías y órdenes simbólicos. En: *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta, 2004.
- HABERMAS, JÜRGEN. Democracia, derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana. En: *La Democracia en sus textos*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN. El nexo interno entre Estado de derecho y democracia. En: José Antonio Gimbernat (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, págs. 263 a 280.
- MEJÍA Q., ÓSCAR. *Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional.
- MEJÍA Q., ÓSCAR. *Cultura política, sociedad global y alineación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-UNIJUS, 2009, pág. 261.
- MEJÍA Q., ÓSCAR. El origen constituyente de la crisis política en Colombia. En: Ann Mason y Luis Javier Orjuela (eds.). *La crisis política colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2003.
- RAWLS, JOHN. *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 1996, págs. 247 a 292.
- UPRIMNY, RODRIGO y GARCÍA MAURICIO. El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En: *Dejusticia*, 2005.
- WEBER y SERRANO, citados por Giraldo Tatiana en: Neodemocracias y autoritarismo: categorías de la cultura política. En: MEJÍA Q., ÓSCAR. *Estatuto epistemológico de la cultura política*. Bogotá: Universidad Nacional, 2008, pág. 159.
- WARNER, MICHAEL. *Públicos y contra públicos*. Barcelona: Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona, 2008, pág. 93.
- WEND, BROWN. Lo que se pierde con los derechos. En: *La crítica de los Derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003, págs. 75-156. ☺