



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.150.150>

**Argumentos históricos para
distender la relación entre
el constitucionalismo y la
democracia: Variaciones sobre
un tema de Cortés Rodas**

*Historical arguments to ease the relationship
among constitutionalism and democracy:
Variations on a Cortés-Rodas's theme*

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Ph.D. en Derecho (c) Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.
Profesor investigador del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas,
Universidad EAFIT <https://orcid.org/0000-0002-8721-2342>

Resumen

Entre los filósofos del derecho de hace algunas décadas parecía no haber tarea más importante que adoptar una posición en el debate entre el derecho y la moral. Entre los constitucionalistas de la actualidad ha resultado forzoso, a su turno, posicionarse en la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, en particular, en su materialización más conspicua, como es el control judicial de constitucionalidad sobre leyes y políticas. Este posicionamiento obliga a adoptar y defender una teoría normativa que mejor se corresponda con los diseños institucionales implementados que, a su vez, permitan justificar de manera instrumental dicho control. Los constitucionalistas latinoamericanos han acudido, en el ámbito pedagógico, doctrinario y jurisprudencial, a fuentes primarias bien conocidas para defender la tesis favorable sobre el control judicial. Han descuidado quizá aportes que podrían realizar autores históricos del pensamiento político liberal, como Benjamin Constant, para contribuir a defender dicha tesis. Este artículo se encamina en esa dirección siguiendo en parte la obra pertinente del filósofo político colombiano Francisco Cortés Rodas.

PALABRAS CLAVE

Constant; constitucionalismo y democracia; soberanía popular; control judicial.

Abstract

Among yesteryear Philosophers of Law there seemed to be no more important mission than taking a stand in the debate between law and morality. Among the present-day constitutionalists, it is mandatory to take a stand in the tension between constitutionalism and democracy. In particular, judicial review at the level of normative theory that best corresponds to the institutional arrangements adopted which, in turn, better justifies such practice instrumentally. Latin American constitutionalists have turn at pedagogical, doctrinal and jurisprudential level to well-known primary sources to defend a favorable thesis on judicial review. They have perhaps neglected contributions from historical authors of liberal political thought, such as Benjamin Constant, to contribute to defend the favorable thesis. This article is headed in that direction following in part the relevant work of the Colombian political philosopher, Francisco Cortés Rodas.

KEYWORD

Constant; constitutionalism and democracy; popular sovereignty; judicial review.

I. TEORÍA POLÍTICA NO IDEAL Y FUNDAMENTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Filósofos, políticos y teóricos del constitucionalismo latinoamericanos se han ocupado crecientemente de cuestiones de teoría política no ideal, de las implicaciones institucionales que plantea la tensión entre el constitucionalismo y la democracia (Thompson, 2017). La expresión más relevante de esta tensión son las posiciones favorable y escéptica frente al control judicial, tanto en la teoría normativa que mejor se corresponda con los arreglos institucionales adoptados que, a su vez, permitan justificarlo instrumentalmente. Comparten la preocupación expresada por Waldron (2016) según la cual la teoría política debe prestarles más atención a cuestiones estructurales, constitucionales e institucionales de la política, en vez de continuar encandilada por el atractivo brillo que reflejan los argumentos normativos y el análisis conceptual. La obra del filósofo político Francisco Cortés Rodas, como académico e intelectual público, es ejemplar en este sentido (Cortés Rodas, 2014; Cortés Rodas y Giusti, 2007). Ha mostrado una particular sensibilidad por los rendimientos locales de paradigmas teóricos de naturaleza política y constitucional, los cuales, sobre todo el segundo, tienen unos supuestos y condiciones de posibilidad muy anclados en sus propios contextos institucionales y culturales de origen. A partir de un método hermenéutico y desde el análisis también de fuentes primarias, en particular desde los aportes de Benjamin Constant, el objetivo de este trabajo es desarrollar algunos de sus planteamientos para contribuir a defender una versión fuerte del control judicial de constitucionalidad sobre leyes, prácticas administrativas y omisiones legislativas relativas.¹

En épocas del Estado constitucional, esta facultad de los tribunales ha adquirido una dimensión adicional a la “legislación negativa”, de raigambre kelseniana,² consistente en la posibilidad de invalidar leyes, políticas y prácticas administrativas por intervenir desproporcionadamente sobre derechos constitucionales. En virtud de una dimensión positiva o activista,³ se exige una intervención más proactiva del tribunal exhortando u ordenando remedios al legislativo y a organismos del Gobierno en desarrollo del mandato que se deriva del proyecto axiológico de las constituciones,

¹ Toda vez que sobre omisiones legislativas absolutas no hay materia (leyes, decretos u otras normas) sobre la cual realizar el control judicial. La función judicial proactiva solo puede proceder en casos de omisiones legislativas relativas en los que leyes o decretos sobre un asunto específico presentan problemas de eficacia en la consecución de sus propios objetivos o coordinación entre organismos del Estado ejecutores.

² El tribunal es un legislador negativo toda vez que cuando anula una ley su sentencia tiene la misma naturaleza general que la promulgación de una ley por parte del legislador. “La anulación es, en efecto, solo una promulgación con un signo en cierto modo negativo” (Kelsen, 2011, p. 275).

³ La función negativa de naturaleza reactiva (toda vez que la sentencia es una reacción directa a una pieza normativa inconstitucional) no es por regla general expresión de una filosofía judicial activista, sino del cumplimiento ordinario de la función de resguardar la superioridad e integridad de la Constitución frente a las expresiones de la soberanía popular mayoritaria.

del modelo ideológico del Estado social de derecho y de la densidad normativa material de los derechos fundamentales. Las expresiones del activismo judicial autoritativo conforme a la dimensión positiva del control judicial han sido, fundamentalmente, la constitucionalización del sistema jurídico y de los subsistemas social y cultural, la judicialización de la política y el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, extendiendo el contenido vinculante de los derechos, mediante subreglas, hacia otras realidades no contempladas en la literalidad de las disposiciones o creando nuevos derechos a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Dos generaciones de estudiosos no solo en el norte global sino en toda Iberoamérica, se han inspirado gracias a la obra de Rawls por los temas sustantivos de la justicia y, en particular, por los fines, objetivos e ideales que una buena sociedad debe tratar de promover.⁴ Contemporáneamente, se ha prestado menor atención, no obstante, a asuntos relacionados con el proceso político, así como con las instituciones y las estructuras políticas.⁵

Esta desatención adquiere particular relevancia en América Latina debido al estado actual de sus sistemas democráticos en general. El populismo, la corrupción y el clientelismo, así como la pobreza generalizada, las desigualdades, la violencia, la discriminación y, en algunos países, el regular desempeño económico han hecho que las clases políticas tradicionales, y las nuevas que han alcanzado el poder, gocen de muy poca credibilidad. Las patologías de los sistemas políticos latinoamericanos facilitan la aprobación de medidas parciales y los grupos de intereses más poderosos ejercen una perniciosa influencia sobre el proceso político.

En sociedades bien ordenadas, en términos relativos, los problemas jurídicos con un profundo trasfondo moral han sido resueltos usualmente por el Parlamento. No se evidencia omisión o desidia legislativas de forma sistemática (como acontece en las democracias latinoamericanas). Las cortes en estas sociedades no intervienen por regla general para conceder un derecho, sino para moldearlo, para sustentar en qué sentido es o no conforme a la Constitución. El aborto y el matrimonio igualitario en España, por ejemplo, hicieron parte de plataformas políticas y, luego, fueron adoptadas como leyes del Parlamento.

⁴ Con posterioridad, Sen (2009) enfocó su teoría de la justicia social, en oposición a la de Rawls, no en el ideal de sociedad justa (cuestionar en qué consistirían las instituciones justas e identificar arreglos sociales perfectamente justos), sino en investigar comparativamente cómo se promueven de manera efectiva en distintas sociedades las condiciones de justicia, y cómo se dan los avances y retrocesos reales en materia de justicia.

⁵ Waldron (2016) sostiene en la introducción: “Espero que los capítulos que integran el libro animen a jóvenes dedicados a la teoría política a entender que hay vida después de Rawls, que hay vida más allá de las elaboraciones abstractas de la libertad, la justicia y el igualitarismo”. Pero incluye una precisión necesaria en el capítulo uno: “No quiero que nada de lo que diga se entienda como si despreciara el estudio de la justicia y la igualdad. He contribuido a ese proyecto, de hecho [...]. Pero me preocupa, no obstante, que este énfasis en la justicia, como el tema central de la teoría política, sea un poco sesgado”

Para enfrentar debidamente el problema de la fundamentación del control judicial de constitucionalidad, se requiere adoptar una perspectiva filosófico-política con raíces históricas. Para distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia, se deben considerar sus aspectos sustantivos y materiales, y no solo formales, descriptivos y procedimentales.

¿Es aceptable que la función básica de una constitución limite el poder de decisión de los ciudadanos en el proceso democrático? ¿El constitucionalismo liberal es fundamentalmente antidemocrático? ¿Puede justificarse un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría? (Cortés Rodas, 2014).⁶ En la obra de Benjamin Constant, un tanto inexplorada en este aspecto, se esgrimen argumentos relevantes que contribuyen a adoptar una posición conforme a la cual la existencia de tribunales constitucionales en nuestra vida institucional se justifica a pesar de su coste democrático.

II. EN EL PRINCIPIO LOS LIBERALES CREARON LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA VOLUNTAD POPULAR SOBERANA

En la génesis del constitucionalismo la política la hace, primero, el pueblo cuando se constituye en poder constituyente. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke, 1991, p. 141) y, al tener el poder constituyente, es el único que puede darse una constitución y sustituirla por otra (Sieyès, 1989). De la Constitución nacen las ramas del poder público, por lo que no puede ser obra suya, es decir, ninguna de las ramas la puede crear y tampoco derogar. “Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo las condiciones de su delegación” (p. 144). La política la hacen, segundo, los tres poderes que representan la voluntad soberana del pueblo. La política del legislativo se concreta en hacer la ley, la del ejecutivo en seguirla o en aplicarla a acciones o personas particulares, y la del judicial en sentenciar lo que es de derecho en cada caso (Montesquieu, 1972, p. 151).

En la línea de Locke y Montesquieu, la Revolución francesa y la guerra de independencia estadounidense establecieron que el poder político no podía fundar más su legitimidad en una autoridad soberana externa al pueblo, sino en una que se constituía por medio de la participación libre de los ciudadanos (Bailyn, 1992; Maier, 1998; Stern, 1966). Conforme a la idea del pueblo como poder constituyente, la fuente de legitimación del poder radica en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, de modo que sean expresión de la voluntad y soberanía populares.

Dos siglos después, los movimientos constitucionales acontecidos en Europa, primero, en la segunda posguerra (Alemania sobre todo, en 1949) y, luego, con la caída de las dictaduras ibéricas

⁶ Me baso en la versión manuscrita facilitada amablemente por el autor.

(España en particular, en 1978), establecieron a su vez que la legitimidad del poder político no se podía fundar exclusivamente en las decisiones mayoritarias. Ganó cada vez más fuerza el cambio en la noción de Constitución que, para expresarlo con Ferrajoli (2002),

no sirve para representar la voluntad común de un pueblo sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del 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. (p. 203)

Para ello, es fundamental concebir la legitimidad política más allá de la idea weberiana de aceptación popular y la democracia como algo más que la agregación de preferencias. Definir la democracia exclusiva y excluyentemente como autogobierno mayoritario implica concebirla como expresión de una determinada forma de libertad política.

Las consecuencias problemáticas del principio constitucionalista de exclusivo raigambre popular y mayoritario, derivado de una forma absoluta de concebir la voluntad popular soberana y la legitimidad de las decisiones públicas, se manifestaron con claridad en las dictaduras fascistas en Italia y Alemania (Cortés Rodas, 2014). El Estado liberal de derecho, sin límites sustantivos (*i. e.*, derechos fundamentales) que incorporó un modelo constitucionalista populista, se vio incapaz de impedir el acceso al poder del totalitarismo que no vulneró la estricta legalidad de muchos de sus actos. La concepción de legislador negativo con la que surgió el tribunal constitucional ha perdido progresivamente vigencia ante la prolongada evidencia histórica de violaciones a los derechos, por acción, pero también por acción insuficiente e inacción, amparada por la voluntad general y la legitimidad entendida como aceptación popular.

El fracaso institucional de concebir el derecho solo desde su naturaleza real o fáctica, omitiendo su naturaleza ideal o crítica (Alexy, 2008, 2016), condujo a un profundo cuestionamiento de las teorías e ideologías que fundamentaban el constitucionalismo desde su génesis. No se tuvo que esperar hasta que el fascismo llevara al límite esta idea de la naturaleza soberana de la voluntad popular. Constant y Tocqueville habían advertido que la “tiranía de la mayoría” y el gobierno despótico⁷ representaban serias amenazas para la libertad política y la democracia. Plantearon como alternativa articular tres ideas fundamentales: la defensa de la libertad política exigía establecer un orden político constitucional fundamentado en el nexo sistemático entre soberanía popular, democracia política y derechos fundamentales (Cortés Rodas, 2014). Prima la política sobre el derecho, y las nociones de soberanía popular y legitimidad como aceptación popular no tienen más limitación que las que ellas mismas se establezcan, y no se ponderan, por tanto, con nada: prima

⁷ Pensaban, respectivamente, “el terror” y el despotismo napoleónico.

el derecho sobre la política y se reconocen los límites y vínculos que para los organismos del Estado representan los derechos fundamentales. Los teóricos de la democracia mayoritaria, agregativa o populista defienden la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Por otro lado, a las constituciones no solo las caracterizan respecto de las leyes su superioridad y rigidez, sino que deben restringir eventuales decisiones adoptadas por organismos del Estado.

III. LUEGO DIJERON LOS CONSTITUCIONALISTAS: QUE SE SEPARE LA VALIDEZ DE LA LEGITIMIDAD

El concepto de *derecho* en el Estado constitucional posee estas dos naturalezas, real o fáctica e ideal y crítica, lo cual implica que los organismos del Estado deben resguardar tanto el principio de seguridad jurídica como un ideal de justicia que se derive del desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución. El elemento medular de la tesis de la doble naturaleza del derecho es que, mientras debe expresar la positividad autoritativa y la eficacia social, también debe incorporar una dimensión ideal relativa a su corrección moral, sustantiva y procedimental. Lo que hace democrática a una constitución no es necesariamente su correspondencia con la voluntad popular soberana, ni que sea querida por mayorías específicas, ni la forma o el grado de consenso del acto constituyente. Lo que otorga el atributo democrático a una constitución es que “representa una garantía para todos” debido al conjunto de condiciones formales y sustanciales de la democracia que en ella se han pactado (Ferrajoli, 2011).

El tipo de legitimidad propio del Estado constitucional comparte una característica fundamental con los conceptos de democracia y constitucionalismo, como es su doble dimensión descriptiva, formal y procedimental, pero también normativa, material y sustantiva. La legitimidad política de las decisiones y de las mismas instituciones que las adoptan depende tanto de los aspectos procedimentales como de los valores que resguarda y de la justificación que pueda otorgarse al tipo de decisión resultante. El cumplimiento de las reglas procedimentales no se justifica en sí mismo, sino por los principios que salvaguardan. La ciencia jurídica en el Estado constitucional adquiere una doble dimensión: descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser. El “objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no solo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho —el diseñado por la Constitución— y por lo tanto no solo el ser, sino el deber ser del derecho mismo” (Ferrajoli, 2001, pp. 60 y 62).

En virtud de la idea de legitimidad en el Estado constitucional se renuncia a la neutralidad del jurista en favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo contemporáneo. No es posible identificar el derecho de una forma moralmente no comprometida, como soñaron los positivistas jurídicos (en la escuela de la exegesis en Francia y la escuela de conceptos, en Alemania). Debe adoptarse un punto de vista interno, con compromisos valorativos, porque

suscribir la tesis de la neutralidad valorativa imposibilita comprender el razonamiento jurídico articulado con el razonamiento moral. Las reglas del derecho no son como las reglas del ajedrez que pueden ser comprendidas sin ningún razonamiento valorativo (Moreso, 2020).

Cuando la ley no obstante ser válida resulta ilegítima porque atenta contra las libertades y la moralidad, Constant (1988a, p. 401) sustenta con lucidez que el deber general de obedecerla no es absoluto sino relativo. En momentos específicos, constituye un deber moral rebelarse contra ciertas leyes.

IV. BENJAMIN CONSTANT: VOLUNTAD POPULAR Y ÁMBITOS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

La aprobación de la mayoría no es siempre suficiente para hacer lícitas sus acciones.

Benjamin Constant

Isaiah Berlin llamó a Constant “el más elocuente de todos los defensores de la libertad y la intimidad”, y a él, a su juicio, debemos la noción de *libertad negativa*. Este fragmento de su explicación de la libertad de los modernos sintetiza bien su conceptualización: la libertad consiste en el derecho a

no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni encarcelado, ni asesinado, ni maltratado de manera alguna por la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos: es el derecho de expresar su opinión, de escoger su trabajo, de ejercerlo, y de disponer y aún de abusar si quiere de su propiedad, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de recibir permisos, ni de dar explicaciones a nadie de sus acciones o sus motivos: es el derecho de reunirse con otros individuos para deliberar sobre sus intereses, para ocupar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos. (Constant, 1988b)

El contexto político y social de la Francia posrevolucionaria explica que Constant considerase que la soberanía popular debía tener límites al precaver los perjuicios que, para garantizar la libertad, representaba el ejercicio ilimitado de poder por parte de las inclinaciones tiránicas de los jacobinos y el despotismo de Napoleón (Vincent, 2015). Esta es la raíz de su pensamiento constitucionalista liberal basado en una concepción pluralista de la soberanía política. Constant, para Todorov (1999), si bien no inventó el principio republicano de la soberanía popular, ni el principio liberal de la limitación del poder, tuvo la originalidad de articularlos y de hacerlo de una forma tal que pudieran enfrentarse a la experiencia de la vida real y, así, “gives flesh to abstractions” (Todorov, 1999, p. 41).

Cuando describe y analiza los elementos de la soberanía popular, Constant, sobre todo, depura definiciones, es decir, establece aquello que no significa. Y lo primero que enfatiza es que la soberanía popular no significa “poder ilimitado”. Establecer que la soberanía del pueblo no tiene límites más que los que ella misma se imponga, implica crear un grado de poder incierto tan amplio

entre la sociedad que está obligado a constituir un mal independiente de sobre quien se disponga. “Confíelo a una persona, a varias o a todas y de todas formas encontrará que es igualmente un mal. Hay cargas demasiado pesadas para las manos humanas” (Constant, 1988a).

A una sociedad fundada sobre la soberanía del pueblo ninguna persona tiene el derecho a someterla a su voluntad particular, pero la sociedad en su conjunto no tiene una autoridad ilimitada sobre sus miembros. La universalidad de los ciudadanos es soberana en el sentido de que ningún individuo o grupo puede arrogarse la soberanía, a menos que se le haya delegado. De ahí no se deduce, sin embargo, que aquellos que la soberanía inviste de alguna autoridad puedan disponer de la existencia de los individuos (Constant, 1988a; 2019). Los miembros de una sociedad no transfieren, y mucho menos enajenan, ninguno de sus derechos a la entidad colectiva.

Constant asocia el “principio de la soberanía popular” (en virtud del cual el Gobierno deriva su legitimidad y autoridad del pueblo) con la “supremacía de la voluntad general sobre cualquier voluntad individual”, lo cual debe entenderse a la luz de la afirmación de que “solo existen dos tipos de poder en el mundo: el primero, ilegítimo, la fuerza; y el otro, legítimo, la voluntad general” (Constant, 1988a, p. 175). Si el poder sirve a una voluntad particular siempre será ilegítimo porque tendrá que estar basado en la fuerza (Constant, 1988a). Solo el poder gubernamental legítimo puede generar una obligación jurídica y este poder solo puede ser legítimo si está mediado por el consentimiento expresado en la participación política. Para Constant este consentimiento es una condición necesaria pero no suficiente para que el poder se repute legítimo, toda vez que la legitimidad del poder político también depende de su limitada extensión.

El fanatismo representaba para Constant uno de los principales riesgos que podían socavar los derechos, las libertades y la división de la soberanía. Los fanáticos procuran imponer la tiranía: “Reducen la complejidad de la realidad a una única verdad independientemente de las circunstancias de tiempo y lugar, e imponen tal simple verdad sobre el complejo y diverso mundo de la realidad humana” (Vincent, 2015). El peligro del fanatismo se ha neutralizado mejor con un orden constitucional estable, con la protección de los derechos, el Estado de derecho y la división y el equilibrio de la soberanía política (Constant, 1988a).

Uno de los elementos medulares del constitucionalismo liberal de Constant es la crítica a la teoría de la soberanía popular de Rousseau. Impone restricciones a la tesis de la soberanía como expresión de la voluntad popular, toda vez que, si bien el poder debe surgir de la voluntad del pueblo, la soberanía popular está restringida por la justicia y los derechos. Se tornaría ilegítimo el ejercicio del poder emanado de la “voluntad popular representativa” si vulnera derechos y libertades individuales.

Una nación omnipotente es tan peligrosa como un tirano y, de hecho, más peligrosa (Constant, 1988a, pp. 20-21). “Ninguna autoridad sobre la tierra es ilimitada”, ni la del pueblo, sus representantes o la ley, que simplemente es expresión de la voluntad del pueblo (Constant, 1988a), como

es la Constitución, que tiene una jerarquía superior. Una parte significativa de la existencia humana debe quedar libre, independiente, “y por derecho permanece más allá de toda jurisdicción política” (Constant, 1988a, p. 31). La cuestión remanente para nuestros días es qué curso de acción resulta legítimo cuando el Estado incumple por inacción sus funciones de garantía a los derechos o cuando directamente los vulnera con ciertas leyes o prácticas administrativas. Constant sigue una de las ideas de Rousseau sobre la legitimidad del poder que surge de la voluntad general del pueblo, pero se aparta de la más fundamental (siguiendo a Montesquieu), la cual es someter esta voluntad a unos límites definidos por la justicia y los derechos individuales.

Otro elemento medular del constitucionalismo liberal de Constant es, en este sentido, su defensa de las libertades y los derechos individuales. La ley debe resultar de la soberanía popular, es decir, de la participación en su construcción de todos los posibles afectados. Ello es condición necesaria para su validez. La limitación que en virtud del amparo a los derechos imponen los jueces sobre la democracia mayoritariamente entendida se justifica desde esta posición porque, como advierte Cortés Rodas (2014), la prioridad de la soberanía popular sobre los principios de la autonomía liberal y civil puede conducir a que se equipare “democracia” con “omnipotencia de las mayorías”. El derecho debe limitar la política, es decir, la Constitución debe restringir la soberanía popular. Cada uno de los cinco epicentros del poder público que distingue Constant tiene la capacidad de revisar la autoridad de los demás.⁸

El riesgo latente de que quienes gobiernan persigan sus propios intereses y obstruyan a los gobernados su participación en procesos de toma de decisiones, se reduce para Constant al implementar medidas que protejan las libertades individuales, entre ellas amparar el acceso a los procesos de representación e impedir que una sola persona o un solo organismo concentre demasiado poder (deben crearse varios tipos de organismos investidos con distintos tipos de poderes; Constant, 1988, p. 387), así como asegurar y promover el involucramiento ciudadano en los asuntos públicos controlando las acciones de los representantes, la apertura de discusiones públicas y el ejercicio de la libertad de prensa (Constant, 1988, p. 239). Aunque se afecten acciones y decisiones soberanas producto de la voluntad mayoritaria, la preocupación fundamental de Constant es proteger la libertad individual para lo cual la división de poderes, el control entre ellos y la capacidad de revisión se encuentran entre los instrumentos más eficaces con que cuenta el Gobierno de un país.

En la propuesta pionera de Constant de articular soberanía popular, democracia y derechos individuales, ya se encuentra aquello que se denominará la “frontera inviolable” (Bobbio, 1997), “el coto vedado” (Garzón Valdés, 1989) o la “esfera de lo indecible” (Ferrajoli, 2001b).⁹ El ámbito

⁸ Además del poder judicial de los tribunales, los poderes “neutral” (monarca), ejecutivo, la asamblea hereditaria y la asamblea elegida.

⁹ Aunque se trata de conceptualizaciones que convergen en lo fundamental, el propio Ferrajoli (2008) argumenta algunas diferencias (véase también Bovero, 2008).

sustraído a la potestad de cualquier mayoría está conformado por los derechos individuales: “la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, que comprende el derecho a su libre difusión, el disfrute de la propiedad, *la garantía contra todo acto arbitrario* [la cursiva es mía]” (Constant, 1988, p. 14). Es ilegítimo todo ejercicio de autoridad política realizado en virtud de la voluntad popular representativa que vulnere los ámbitos de la libertad individual.

La restricción a la voluntad popular soberana queda constitucionalmente establecida en el respeto a la vida y a la autonomía individuales, es decir, no solo en la garantía de no ser coaccionado sino en poderse gobernar por sí mismo.¹⁰ En el sentido de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, ya a inicios del siglo XIX, Constant había indicado los problemas que podían resultar de implementar un constitucionalismo populista, según el cual el poder constituyente puede modificar cualquier principio constitucional. Desde Constant es condición necesaria pero no suficiente para el adecuado funcionamiento de los regímenes democráticos liberales que el poder sea legítimo en sus orígenes, pues debe serlo también en su ejercicio. Para el goce de la libertad individual debe protegerse el ejercicio libre y habitual de la libertad política, lo cual refuerza la capacidad y voluntad de los ciudadanos de proteger sus libertades en general y las instituciones que las garantizan. El ejercicio libre y habitual de las libertades es el medio más seguro para la mejoría moral de las personas (Constant, 1988b).

Varios destacados autores, como Gargarella, Alterio y Linares, siguiendo el canon constitucional occidental, tan reverenciado en la región (Waldron, Ely, Rosenberg) consideran que el constitucionalismo democrático es esencialmente antidemocrático. Para Linares (2008), por caso, si la Constitución es rígida (pocas no lo son) y se consagra un modelo “robusto” de control judicial, es decir, que faculta al tribunal a derogar leyes expedidas por el Parlamento (como la gran mayoría de países excepto los que acogieron la cláusula *notwithstanding*), tal control implica una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal.

Tres vértices estructuran el modelo de la democracia constitucional contemporánea, cada uno de los cuales representa un ideal: la honra y la protección de los derechos humanos, el imperio de

¹⁰ La teorización de Berlin (1993) sobre la libertad positiva contribuyó a la construcción dogmática del derecho al libre desarrollo de la personalidad por parte de la Corte Constitucional. Berlin sostuvo, citado en la Sentencia C-355/06 (Corte Constitucional de Colombia, 2006): “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas exteriores. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto. Quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos, y no por causas que me afecten desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de juzgar mi papel como humano, esto es, concebir y realizar fines y conductas propias [...] soy libre si puedo hacer lo que quiera, y quizá, elegir entre dos maneras de obrar que se me presentan cuál es la que voy a adoptar”.

la ley y el autogobierno democrático (Moreso, 2020). Este modelo desplazó en la teoría y en la práctica a la justificación del Estado centrado en la idea de la democracia formal, es decir, rechazó la tesis de la omnipotencia de las mayorías. Quienes defienden una concepción formal de la democracia la suelen identificar solo con el poder del pueblo, con la voluntad de la mayoría de sus representantes, por lo cual se oponen a cualquier instrumento que la restrinja. Los teóricos de la democracia mayoritaria o agregativa sustentan la omnipotencia del Parlamento, lo cual implica la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Ello banaliza la dimensión del derecho como medio para garantizar los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2011, vol. 1).

La democracia constitucional contemporánea acoge la tesis de la prioridad del derecho sobre la política, la cual implica que los tribunales constitucionales pueden anular actos del poder legislativo que atentan contra normas constitucionales. Para garantizar la democracia, es necesario no arrebatarse la Constitución a los jueces, como propone Tushnet (2000), sino arrebatársela a las mayorías el poder soberano y absoluto de configurar el ordenamiento jurídico y determinar las razones de la política. Planteamientos como el de Constant contribuyen a fundamentar una posición según la cual la concepción de la democracia en el Estado constitucional no puede identificarse solo con la voluntad de las mayorías.

La política es expresión de la voluntad popular pero su poder no es por ello absoluto. La validez de la ley está supeditada tanto al cumplimiento de principios constitucionales amparados por reglas del procedimiento legislativo (las cuales procuran organizar y asegurar la manifestación de la voluntad mayoritaria) como al respeto a los derechos fundamentales. Desde esta premisa se establecen los límites y vínculos procedimentales y sustantivos en virtud de los cuales radican las limitaciones jurídicas al poder legislativo (Ferrajoli, 2011, vol. 2, pp. 10 y ss.). Si aceptamos esta premisa nos veremos forzados a reconocer que debe existir algún grado de control judicial de constitucionalidad sobre las leyes, pues, infortunadamente, no solo se expiden leyes que atentan contra derechos de expresión y participación políticas, sino también leyes que, por ejemplo, atentan contra la progresividad de los derechos sociales, los derechos a la igualdad o, por otra parte, se quedan cortas frente al desmonte de estructuras discriminatorias de naturaleza legal, social o administrativa. El fin del Estado constitucional es garantizar el goce efectivo de los derechos, los cuales constituyen el núcleo del orden constitucional. No solo leyes que violan directamente la Constitución pueden impedir ese goce, sino también, como sucede habitualmente, la falta de acción frente a inercias sociales y culturales históricas.

Para garantizar una democracia genuina parece ser forzosamente necesario incorporar un sistema robusto, pero, además, proactivo de control judicial.¹¹ Es decir, donde los tribunales tengan la

¹¹ Como lo entienden los críticos. En su opinión sobre el fallo *Dobbs*, Waldron (2022) definió el modelo fuerte de control judicial sobre la legislación: en un sistema de este tipo, “un tribunal puede determinar que una pieza de

potestad no solo de invalidar leyes proferidas por el Parlamento o algunos decretos del ejecutivo (“legislación de primer orden”, para Waldron, 2022) por infringir normas constitucionales, sino también ante omisiones legislativas relativas, proferir órdenes complejas, declarar estados de cosas inconstitucionales y tomar un rol activista¹² en desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, la constitucionalización del derecho y la judicialización de la política.

Este sistema establece que las mayorías, directamente o por sus representantes, carecen del poder para suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que, conforme a la soberanía popular, se establecieron en la Constitución. El control judicial fuerte y proactivo (si se quiere, un mal necesario) se justifica, desde Constant, por la importancia de contener y encauzar hacia el proyecto constitucional las expresiones de la soberanía popular.

Desde ningún punto de vista se está defendiendo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. “Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se opone con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última” (Hamilton et al., 2001, párr. 78). Honrar la voluntad popular expresada en una constitución implica reconocer que debe estar garantizada por un tribunal para equilibrar en ciertos casos abusos por acción, acción insuficiente o inacción por parte de los organismos del Estado.

V. CIERRE

La democracia es un sistema político que establece principios y reglas para materializar en la mayor medida posible el ideal del autogobierno colectivo. En el Estado constitucional, la tesis de la omnipotencia de las mayorías, y la prelación absoluta de la política sobre el derecho, ha cedido paso a la relativización de dicha omnipotencia para reconocer en la tensión entre el constitucionalismo y la democracia un elemento constitutivo de esta forma de Estado. A pesar del coste democrático, mayoritariamente, los tribunales constitucionales se justifican en nuestra vida institucional por la garantía a la realización de los derechos como fin último del Estado constitucional.

legislación (ley o artículo) debe ser anulada o, aun si permanece incluida en los códigos, no debe implementarse, por su incompatibilidad con las disposiciones de la Constitución. Este sistema fuerte puede ser contrastado con un sistema de control judicial de constitucionalidad débil, como la revisión por los tribunales británicos bajo la ley de derechos humanos de 1998, en virtud de la cual un tribunal puede determinar que una pieza de legislación es incompatible con las disposiciones de dicha Ley (profiriendo una declaración de incompatibilidad), pero sin ningún efecto sobre su aplicación o ejecutoriedad”. En similar sentido, para Tushnet (2009), los tribunales ejercen un control judicial fuerte cuando sus sentencias interpretativas son definitivas y ningún otro organismo tiene la facultad de revisarlas.

¹² En el sentido de proactivo, respetando la naturaleza institucional y autoritativa del derecho (García Jaramillo, 2016a).

No solo cuestiones teóricas relativas a la salvaguardia de la mejor forma de sistema democrático de gobierno, sino también cuestiones institucionales por omisión o desidia legislativas que generan afectaciones de derechos por acción insuficiente o inacción, siguen tornando urgentes enfoques teóricamente sólidos para distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia en el Estado constitucional.

En épocas de nuevos escepticismos hacia la función creadora de derecho del poder judicial, en general, y hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, por ejemplo, en particular (Atria, 2016; Gargarella, 2021; Loughlin, 2022), y luego de las obras canónicas de Rosenberg, Bickel, Sunstein, Waldron, Böckenförde y Bellamy, es relevante y urgente revitalizar paradigmas históricos que articulen soberanía popular, democracia y derechos individuales. Defender la democracia constitucional implica oponer límites absolutos a la democracia mayoritaria, tales como los definidos por los derechos fundamentales, los cuales no se pueden restringir por la voluntad de cualquier mayoría, plebiscitaria o legislativa. Ante casos concretos en los que acontezcan violaciones de derechos por acción o inacción legislativas no debería proceder en democracias constitucionales una objeción mayoritaria ante la institución que procure remediarlo.

La voluntad soberana del pueblo, expresada mayoritariamente, debe poder ser limitada para que ciertas normas no formen parte del sistema jurídico. El vivo interés y la vigencia de la obra de Constant, en parte por la crisis actual de la democracia, requiere que teorícemos y practiquemos formas alternativas de poder con una dimensión constituyente, menos vinculadas al *statu quo* institucional (Timmermans, 2021).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons.
- Alexy, R. (2016). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. En *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bailyn, B. (1992). *The ideological origins of the American Revolution* (2.ª ed.). Harvard University Press.
- Berlin, I. (1993). *Cuatro ensayos sobre la libertad* (J. Bayón, trad.). Alianza.
- Bobbio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. Ciudad de México, Fontamara.
- Bovero, M. (2008). Qué no es decidible: Cinco regiones del coto vedado. *Doxa*, 31, 217-225. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19182/1/Doxa_31_12.pdf
- Constant, B. (1988a). Principles of politics applicable to all representative governments. En *Political Writings* (B. Fontana, ed. y trad.). Cambridge University Press.

- Constant, B. (1988b). The liberty of the ancients compared with that of the moderns. En *Political Writings* (B. Fontana, ed. y trad.). Cambridge University Press.
- Constant, B. (2019). On the limits of popular sovereignty. En M. Perry y H. E. Negrin (eds.), *Sources of the western tradition. Vol. 2: From the renaissance to the present*. Cengage Learning.
- Constant, B. (2020). *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos: Seguida de la libertad de pensamiento*. Página Indómita.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 10 de mayo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, M. P.).
- Cortés Rodas, F. (2004). La tensión entre las exigencias de justicia social y la prioridad de la libertad: Consideraciones en torno a la concepción de justicia de John Rawls. *Estudios de Filosofía*, 30, 53-69. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.12869>
- Cortés Rodas, F. (2007). *Justicia y exclusión*. Siglo del Hombre.
- Cortés Rodas, F. (2014). *Pasado y presente de la filosofía política: Ensayos sobre democracia y justicia*. Universidad de Antioquia.
- Cortés Rodas, F. y Giusti, M. (eds.) (2007). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Siglo del Hombre.
- Ferrajoli, L. (2001a). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001b). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), pp. 337-343. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/11/doctrina34988.pdf>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2022). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell, W. L. Orozco y R. Vázquez (eds.), *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Siglo XXI.
- García Jaramillo, L. (2016a). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa*, 6, 209-213. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10845/1/Doxa6_12.pdf
- Hamilton, A., Jay, J. y Madison, J. (2001). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa-Calpe.

- Loughlin, M. (2022). *Against constitutionalism*. Harvard University Press.
- Maier, P. (1998). *American scripture: Making the declaration of Independence*. Vintage.
- Montesquieu. (1972). *Del espíritu de las leyes* (M. Blázquez y P. de la Vega, trads.). Tecnos.
- Moreso, J.-J. (2020). *Lo normativo: Variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sen, A. (2009). *The idea of justice*. Harvard University Press.
- Sieyès, E. (1989). ¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios. Alianza.
- Stern, K. D. (1966). John Locke and the Declaration of Independence. *Cleveland State Law Review*, 15(1).
- Thompson, D. F. (2017). Teoría democrática deliberativa y ciencia política empírica. *Cuadernos de Ciencias Políticas*, 8, 13-45. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/25949/cuaderno_ciencias_politicas_08_01.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Timmermans, N. (2021). Benjamin Constant and the limits of popular sovereignty. En B. Deseure, R. Geens & S. Sottiaux (eds.), *Sovereignty, civic participation, and constitutional law: The people versus the nation in Belgium*. Routledge.
- Todorov, T. (1999). *A passion for democracy: Benjamin Constant*. Algora.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2009). *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press.
- Vincent, K. S. (2015). Benjamin constant and constitutionalism. *Historia Constitucional*, 16, 19-46. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i16.434>
- Waldron, J. (2016). *Political political theory: Essays on institutions*. Harvard University Press.
- Waldron, J. (2022). Denouncing dobbs and opposing judicial review. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 22-39. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4144889