

Teoría Constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez



Teoría Constitucional / Ricardo Arrubla Sánchez, / Bogotá D.C.,
Fundación Universitaria del Área Andina. 2017

978-958-5455-65-8

Catalogación en la fuente Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá).

© 2017. FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA
© 2017, PROGRAMA DEPARTAMENTO DE HUMANIDADES
© 2017, RICARDO ARRUBLA SÁNCHEZ

Edición:

Fondo editorial Areandino
Fundación Universitaria del Área Andina
Calle 71 11-14, Bogotá D.C., Colombia
Tel.: (57-1) 7 42 19 64 ext. 1228
E-mail: publicaciones@areandina.edu.co
<http://www.areandina.edu.co>

Primera edición: noviembre de 2017

Corrección de estilo, diagramación y edición: Dirección Nacional de Operaciones virtuales
Diseño y compilación electrónica: Dirección Nacional de Investigación

Hecho en Colombia
Made in Colombia

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

Teoría Constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez





Índice

UNIDAD 1 Introducción al estudio del Derecho Constitucional General

Introducción	7
Metodología	8
Desarrollo temático	9

UNIDAD 1 Teoría del Estado

Introducción	20
Metodología	21
Desarrollo temático	22

UNIDAD 2 Elementos del Estado

Introducción	33
Metodología	34
Desarrollo temático	35

UNIDAD 2 Transformaciones jurídicas del Estado

Introducción	45
Metodología	46
Desarrollo temático	47



Índice

UNIDAD 3 Teoría de la constitución

Introducción	58
Metodología	59
Desarrollo temático	60

UNIDAD 3 Estructura de la Constitución: objeto de la constitución. Contenido de la constitución

Introducción	70
Metodología	71
Desarrollo temático	72

UNIDAD 4 Constitución orgánica

Introducción	82
Metodología	83
Desarrollo temático	84

UNIDAD 4 El control constitucional

Introducción	94
Metodología	95
Desarrollo temático	96

Bibliografía	104
--------------	-----



Unidad 1

Introducción al
estudio del Derecho
Constitucional
General



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

La Teoría Constitucional es la base conceptual de todo el ordenamiento jurídico-político, motivo por el cual esta asignatura tiene un valor importante dentro de la carrera.

Kelsen decía que el Derecho Constitucional es el fundamento de todo el Derecho. Así, para el abogado, entender la Constitución adquiere un alto sentido formativo por su relación con otras asignaturas, tales como: Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Comercial, Derecho Financiero, etc.

Al ser la Constitución, el elemento esencial de la organización legal-racional del Estado, requiere de un especial estudio para comprender el ejercicio del poder político, y de los diferentes aspectos jurídicos-constitucionales necesarios para lograr su legitimación en las democracias actuales; como separación de las ramas del poder, régimen de derechos y libertades, sometimiento de los actos de las autoridades al principio de legalidad, carácter electivo, representativo y sujeto a períodos fijos de los cargos públicos, y control de constitucionalidad de las leyes. Estos son tan sólo algunos aspectos que el profesional en derecho debe de conocer, y que están consagrados en los textos constitucionales.

De esta manera, al estudiar la Teoría Constitucional, el alumno podrá entender las diferentes realidades que subyacen al fenómeno de las constituciones, y que determinan su funcionalidad, son los que Ferdinand Lasalle, en su tiempo, denominó factores reales del poder.

También podrá comprender que el Derecho Constitucional es el más efectivo resguardo de las libertades, la dignidad de la persona, los derechos humanos, la vida democrática y la justicia, así como llegar a comprender que el Estado de Derecho es la forma más avanzada de organización jurídico-política con el que cuenta la sociedad, para llegar a resolver los problemas de un país.

Se recomienda aplicar las condiciones para el aprendizaje significativo, primero identificar el material potencialmente significativo a través de las ideas centrales y de sus encadenamientos conceptuales, de tal manera que permita la construcción de una significatividad lógica en el pensamiento, lo que implica poder construir una coherencia de la estructura interna y una secuencia de los procesos entre las relaciones de sus componentes.

Segundo, establecer una significatividad cognitiva, entre la memoria, el concepto y la explicación verbal, ya que los contenidos son comprendidos desde la estructura cognitiva que posee el sujeto que aprende.

Adicional, es necesario tener una disposición subjetiva para el aprendizaje, motivación, mantener el interés y superar el cansancio que deja la rutina. Asumir la tarea con alegría y aplicando nuevas formas de aprender, como el resumen, la síntesis y los cuadros sinópticos.

Con ello se busca que el estudiante sea capaz de relacionar de manera no arbitraria y sustancial, la nueva información hasta formar una estructura de conocimientos que le permitan interpretar la realidad desde la materia en estudio.

El cono del aprendizaje de Edgar Dale



Imagen 1

Fuente: http://1.bp.blogspot.com/-LWUHZh2n_zk/UN8hgZf9AhI/AAAAAAAAAFQ/R636UmzJ9KI/s1600/cono+Dale.jpg

Introducción al estudio del Derecho Constitucional General

Concepto del derecho en general

La palabra proviene del vocablo latino *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”. Se puede entender por ello, seguir el buen camino señalado por la ley.

Otra definición señala que el Derecho es “un conjunto de normas jurídicas, creadas por el estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento esta prevista de una sanción judicial” (Flores Gómez González, 1986).

Desde esta perspectiva el derecho debe ser entendido como un fenómeno social y jurídico, cuya función es regular el comportamiento humano y que surge en contextos históricos y circunstancias particulares. Se destaca por su naturaleza normativa y coactiva, cuyo propósito es asegurar el cumplimiento de los modelos de conducta.

Según Kelsen en su Teoría Pura del Derecho “una nota en común de los sistemas sociales designados como ‘derecho’ es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo,” (Kelsen, 2005).

De ello se puede deducir que el derecho es el resultado de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de los modelos jurídicos y normativos, que tienen un sustento axiológico. Por lo que una definición más amplia sería la siguiente: “El Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia” (Castro, 1989).

Los principales elementos del derecho que lo pueden caracterizar son: el derecho como ordenamiento, como fenómeno social, como valor y como argumento. En este sentido se puede entender así:

■ **Derecho como ordenamiento:** es el conjunto de normas que regulan la conducta humana.

- **Derecho como fenómeno social:** es el ordenamiento Jurídico particular a una sociedad y periodo histórico.
- **Derecho como valor:** los principios normativos están regidos por valores sociales, y una finalidad axiológica.
- **Derecho como argumentación:** la materialización de las normas y sus principios se realiza a través del lenguaje.

1. Clasificación del derecho

Se clasifican en: derecho natural, derecho positivo, derecho objetivo, derecho subjetivo.

- **Derecho Natural:** forma parte de la moral, rige la conducta social de los hombres relacionados con la equidad, justicia y sentido común, es inmutable y universal en sus principios, pero mutable en sus aplicaciones pues éstas dependen de la variabilidad de las circunstancias (Moto Salazar, 2002).
- **Derecho Positivo:** Reglas o normas jurídicas en vigor, en un lugar y en una época determinada (Herbada, 1991).
- **Derecho Objetivo:** Según Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2004) el derecho en sentido objetivo indica el conjunto de normas (preceptos o reglas) que gobiernan la vida de los hombres que viven en sociedad. Hoy día la mayoría de las normas jurídicas suelen encontrarse recopiladas en códigos.
- **Derecho Subjetivo:** Conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para elegir el cumplimiento de una obligación (Angarita, 2005).

Por su parte, Edgardo Peniche López (1985) lo define como la facultad que tiene el sujeto activo de exigir el cumplimiento de la norma jurídica.

2. Derecho público y derecho privado

Derecho público

En la antigua Roma *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*, es decir, derecho público hacía referencia al gobierno de los romanos, y se divide en tres: Sacro, sacerdotes y *magistratus*.

Por lo que el derecho público trata de los aspectos concernientes al gobierno, a la organización y funciones del Estado, así como a sus relaciones con los particulares y con otros Estados. Las normas que forman parte de este derecho no pueden ser modificadas por acuerdo entre particulares (Quintana, 2005).

Por lo que puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del Estado, como ente soberano con los ciudadanos y con otros Estados.

Derecho privado

Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet, es el que reglamenta las diferentes relaciones y actividades de los particulares. Se clasifica a su vez en derecho natural, derecho de gentes y derecho civil.

Sus normas pueden ser de *ius dispositium*, es decir, los sujetos pueden elegir las normas para regular sus actividades. Indica esto que existe un margen de autonomía, para su ejercicio y aplicación. Surgen de él dos ramas, el derecho que regula las relaciones de los comerciantes o Derecho mercantil, y ramas como el derecho laboral, desde el civil (García Ruiz, 2010).

3. Criterios para distinguir el derecho público y el derecho privado.

Los criterios más comunes son principalmente tres: el primero hace relación al interés protegido por la norma. El interés protegido por las normas de Derecho Público obedece a un interés general, mientras que el protegido por las normas de Derecho Privado es particular.

Otro criterio tiene que ver con la función, la cual indiscutiblemente en el Derecho Público tiene relación con el modo de organización del poder Ejecutivo, con un interés público y no individual.

Inversamente, un contrato celebrado entre particulares pertenece al derecho privado porque está destinado a proteger un interés particular.

Para Correa Freitas (2007) la mejor forma de comprender el derecho público, es relacionarlo "con el Estado en sentido amplio, comprensivo de todas las entidades estatales, (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, y los órganos de creación constitucional como la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Cuentas) además de los gobiernos locales y departamentales.

Por su parte, Jiménez de Aréchaga (1985) identifica al Derecho Privado con un núcleo central proveniente del Derecho Civil, y los define como "el conjunto de normas jurídicas que reglamentan las relaciones privadas entre particulares", y que los principios derivados de tal acción son la igualdad y la autonomía de la voluntad.

4. Ramas del derecho público

Recordemos que el Derecho Público, hace referencia a la estructura y organización estatal, y a las relaciones del Estado con los particulares, y lo integran las siguientes ramas: Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Laboral y Derecho Tributario.

El Derecho administrativo puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regula la organización y el funcionamiento de los poderes y órganos del Estado (las diferentes Administraciones Públicas) y sus relaciones con los particulares.

El Derecho constitucional comprende el conjunto de normas e instituciones jurídicas fundamentales relativas a la organización y al ejercicio del poder político y a los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. Se ocupa del análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado.

El Derecho Penal es el conjunto de normas que recogen los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad.

El Derecho Procesal es el conjunto de procedimientos a través de los que se juzga y se hace cumplir lo juzgado siendo una actuación que corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia, y a las distintas personas que intervienen en los procesos judiciales. Cada órgano tiene una función o competencia.

El Derecho laboral es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones que se crean con ocasión del trabajo dependiente y por cuenta ajena. Impone unas condiciones mínimas que se tienen que respetar en los contratos, por lo que no está regido estrictamente por la autonomía de la voluntad de los contratantes como sucede en el Derecho Civil.

El Derecho financiero y tributario se encarga de organizar los recursos que constituyen la Hacienda del Estado y de las demás entidades de carácter público que regula los procedimientos para obtener ingresos así como ordenar los gastos y pagos de los servidores públicos.

a. Derecho Constitucional General

Concepto, Objeto y alcances

Es la rama encargada de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al **Estado**.

Su objeto de estudio es la forma de **gobierno** y la regulación de los poderes públicos, tanto en su relación con los ciudadanos como entre sus distintos órganos.

Más concretamente, el derecho constitucional se encarga de llevar a cabo el estudio de lo que es la teoría de los derechos humanos, la del poder, la de la Constitución y finalmente la del Estado. Su actuar se sustenta en la Constitución misma, como texto jurídico-político que fundamenta el ordenamiento del poder político, y se convierte en la norma suprema de un país.

La Constitución se caracteriza por su **rigidez**, y la obligatoriedad de su mandato. Su estructura contempla: un **preámbulo**, una **parte dogmática** (con los derechos fundamentales procesales y sustantivos) y una **parte orgánica** (con la creación de los poderes constituidos).

Su alcance se determina por los principios y valores. Los valores pueden entenderse como criterios básicos para determinar los fines del Estado, ordenar la convivencia social y establecer la razonabilidad del ordenamiento jurídico. Mientras que los criterios son normas que fundamentan la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico.

Origen y desarrollo del Derecho Constitucional en la historia

Los aportes de Grecia

El constitucionalismo griego surge a partir del siglo VII a.C. con el arconado de Dracón quien crea las primeras leyes escritas, que eran en su totalidad orales.

Posteriormente Solón reestructuraría la constitución Ateniense tratando de implantar una Timocracia y otorgando valor a la opinión del pueblo.

Pero el avance más fundamental en cuanto a la organización político-jurídica, se daría con la llegada de Clístenes, quien sería el que daría el poder al pueblo consolidando de esta manera, la democracia Ateniense.

A los griegos también se les atribuye el término *Politeia* (constitución) que corresponde a todas las características que determinan la naturaleza de un estado, incluyendo el conjunto de su estructura económica y social y las cuestiones de su gobierno, en el sentido moderno.

Los aportes de Roma

Durante los primeros siglos de Roma el derecho aparece muy ligado y subordinado a la religión, con la intención de darle un orden divino que permitía el dominio de una clase sobre otro. Dando cabida a importantes conceptos, tales como:

- *Fas*, derecho sagrado, *lex divine*.
- *Jus*, es obra de la humanidad, *lex humana*.
- Del término *jus* se deriva la palabra *justitia* y jurisprudencia.

El uso y aplicación del concepto de justicia, entendido como dar a cada quien lo suyo, pone en práctica la jurisprudencia, con el fin de ejercer justicia en la sociedad romana. También el *jus* se divide en *jus publicum* y *jus privado*.

El derecho público, trataba los aspectos concernientes a la vida en común, lo que hoy se puede definir como las relaciones entre particulares y estado, y el derecho privado, cumplía la tarea de regularizar las relaciones entre particulares.

La constitución en el pueblo Romano se circunscribió a una ley titular emanada del emperador, en la cual se asocia la constitución con la ley. Aunque no en todas las épocas la constitución representaba las decisiones tomadas por el emperador, la concepción de la ley fue distinta en la República y el Imperio.

La diferencia radica en que durante la República la monarquía estaba representada por el rey, la Aristocracia por el senado y la democracia por el pueblo. Y la ley era producida a través de un sistema en el que intervienen los grupos sociales.

Cuando la República deviene en imperio la ley emana del emperador.

Las concepciones que se tenían de Roma son apropiadas por el derecho actual, así el derecho civil está basado en el derecho Romano. De aquí nacieron las dos grandes familias: la Germano - románica y el *Common Law*, aunque uno tomo a la jurisprudencia y otro a la ley.

Los aportes de la edad media: Influencia del pensamiento de los escolásticos e iusnaturalistas

La filosofía política medieval hacia el año 1260, dedica un gran esfuerzo e interés en la traducción de la Política de Aristóteles ya que estaba fundada en el uso de la razón como llave para descubrir el conocimiento del mundo natural.

Por lo que la filosofía escolástica hace referencia a la cultura intelectual propia del *Universitas Hominum*, constituida por el clero, quien se dedica al estudio del latín clásico. Para ellos, el estudio de la ley era importante, y las ideas derivadas de la ley fueron influyentes en el pensamiento político del momento, el cual era expresado mediante géneros literarios como el comentario, la cuestión en disputa, el diálogo y el tratado.

Un pensador del momento que recoge los intereses de la filosofía escolástica, Fue Francisco Suarez, (1548 – 1617) un teólogo, filósofo y jurista español de la alta edad media. En su obra jurídica *Tractatus de legibus ac Deo legislatores*, se convierte en una base para el pensamiento iusnaturalista y el derecho internacional, en la cual ya se encuentra la idea del pacto social, y el concepto de soberanía, pero para ellos el poder es dado por Dios a toda la comunidad política y no solamente a determinadas personas. Distingue entre ley eterna, ley natural, derecho de gentes, ley positiva humana (derecho civil y derecho canónico) y ley positiva divina (La del Antiguo y Nuevo Testamento).

Por su parte, el iusnaturalismo racionalista representa, para el ámbito de la historia del pensamiento filosófico – jurídico, un paso importante en la secularización del mundo moderno que llevó a una ruptura en la concepción del antiguo problema de la ley natural, y al fundar un iusnaturalismo pensado no desde la ley eterna, lo cual inicia una búsqueda durante los siglos XVI y XVII de afirmación de la autonomía e independencia de la razón humana frente a la razón teológica, por lo que la ley que fundamenta ese Derecho Natural, es la misma naturaleza racional del hombre.

Influencia del constitucionalismo liberal: Inglaterra, Estados Unidos y Francia

El constitucionalismo liberal es una ideología que busca construir una sociedad política organizada a través de la Constitución, y de la subordinación de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario, con el propósito de asegurar la vida, la libertad y la propiedad del individuo.

Las características que lo representan son las siguientes:

- Separación del poder público.
- Gobierno del individuo.
- Separación del estado y la sociedad.
- Soberanía.

A la consolidación del constitucionalismo liberal, se destacan la influencia del pensamiento inglés, norteamericano y francés. El constitucionalismo liberal en Inglaterra genera un aporte en el campo del derecho público y en el nacimiento de importantes instituciones, tales como: Teoría de la representación: el parlamento, Institucionalización del habeas corpus, y los sistemas de gobierno parlamentario.

Mientras que la influencia del constitucionalismo liberal en los Estados Unidos, al derecho público moderno, se puede sintetizar en cuatro aspectos: Primea constitución escrita, adopción de la forma de estado federal, implantación del sistema de gobierno presidencial, y la formalización de la independencia de los jueces.

El aporte que realizó el constitucionalismo francés, se proyecta en el campo intelectual, e ideológico: racionalización y derechos de hombre y del ciudadano, como fuente básica para comenzar a pensar la ciudadanía, la libertad y la igualdad entre los seres humanos.

Aportes del constitucionalismo de la posguerra

En especial se hace referencia a los aportes realizados tras la segunda guerra mundial, producto de los nefastos efectos que generaron el nazismo y fascismo, como los campos de concentración y la aniquilación selectiva y en masa. Al final de la guerra, Europa queda dividida entre países de constitucionalismo occidental y países de constitucionalismo soviético.

Durante este periodo se hace hincapié en la idea originaria de constitución, promulgándose importantes constituciones como la francesa de 1946, la italiana de 1947 y la alemana de 1949.

Para José Luis García Ruiz (2010) en su libro Introducción al Derecho, los rasgos institucionales fundamentales que aporta este nuevo constitucionalismo son: “la internacionalización del constitucionalismo (renuncia de la guerra como instrumento de acción política para dar cabida solamente a las guerras de carácter defensivo) el reforzamiento de la democracia racionalizada (el Parlamento no puede derribar a un presidente del gobierno si al mismo tiempo no acuerda la investidura de un nuevo presidente) y la implantación definitiva del Estado Social”.

Nuevas tendencias: neoconstitucionalismo y el derecho constitucional internacional

Se entiende por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial, con los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemana (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución de Brasil (1988) y Colombia (1991), las cuales se caracterizan por la inclusión de un conjunto de elementos tales como la dignidad, la libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, deja de ser una forma de organización del poder y se orienta a la concreción de fines sustantivos. Temas que pueden ampliarse en Carbonell (2007) y Faralli (2007).

Por su parte, se puede decir que el Derecho Constitucional Internacional es una rama del Derecho Internacional con jerarquía normativa dentro de las constitucionales nacionales de cada Estado, y teniendo obligatoriedad por su cumplimiento.

Es reconocido como Derecho supranacional por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados donde se expresa que las partes que suscriben un tratado internacional quedan obligadas por el mismo debiendo cumplirlo de buena fe. Por lo que al hablar de un Derecho Internacional Constitucional, se entiende que a través de éste se articula el sistema constitucional internacional que regula el régimen de derechos que son esenciales para la comunidad internacional, configurándose como el fundamento último del orden público internacional (Bidart, 1998).

El debate constitucional en el escenario internacional

Para comprender las nuevas dinámicas en el orden constitucional internacional es necesario identificar diferentes posturas respecto a sus implicaciones y tendencias.

Por lo que a continuación se realizará un mapeo general sobre la teoría constitucional en el derecho internacional y comprender sus alcances.

Ideas constitucionales en el escenario internacional

Las ideas constitucionales en el escenario internacional tienen un precursor inicial en el profesor Vedross, quien se pronunciaba sobre la necesidad de reconocer el carácter constitucional de algunas normas del derecho internacional. Siguiendo los estudios realizados por Bordado Fassbender (1998) quien identifica tres escuelas importantes como propulsoras de sus planteamientos: la Escuela de Viena, *The New Haven Schol* y la Escuela de la comunidad internacional.

La Escuela de Viena retoma el pensamiento de Vedross por su discípulo el profesor SIMMA, presentando un análisis normativo del discurso constitucional según el cual existe una constitución del derecho internacional que precede a las demás normas del ordenamiento y, por lo tanto, condiciona su existencia; dicha constitución estaría conformada por los principios del derecho internacional encargados de determinar sus fuentes, sus sujetos, su forma de aplicación, así como de delimitar las competencias de los Estados (Acosta Alvarado, 2015).

Esta constitución ha tenido procesos de ampliación en términos sustantivos dada la extensión de los espectros geográficos y temáticos que ha alcanzado el derecho internacional, y con miras a articular nuevos procesos dentro del mundo globalizado.

Para el profesor Vedross dicha constitución tiene que estar conformada por normas consuetudinarias y por tratados de particular relevancia, existiría solo en el marco del derecho internacional general y sería de alcance cuasiuniversal. Años más tarde, a partir de los trabajos realizados con el profesor B. Simma, y debido a la gran influencia de las Naciones Unidas, estos académicos optaron por reconocer en la Carta de San Francisco el texto constitucional del derecho internacional.

La segunda escuela *The New Haven School*, propone un discurso constitucional completamente diferente, dentro de un marco que denominan 'proceso constitutivo', es decir, aquel que permite a la autoridad decidir y repartir las funciones indispensables, que esencialmente se centra en un proceso decisorio.

Posición que rechaza el sentido normativo y positivista de la constitución dentro del ordenamiento internacional. Se trata de una mirada completamente diferente de lo que tradicionalmente se ha entendido por constitucionalismo, tanto a nivel nacional como internacional.

La tercera escuela, es la llamada 'doctrina de la comunidad internacional', formada por Mosler y consolidada por el profesor Ch. Tomuschat. Desde esta perspectiva la comunidad internacional es una comunidad legal, esto es, una comunidad regulada por el derecho, siguiendo la línea del Kelsen para quien las normas determinan la existencia y la validez del derecho.

El aporte del profesor Tomuschat es teorizar el concepto de la interdependencia entre comunidad internacional, y constitución, ampliando el sentido de esta última, y a la consolidación de unas normas de alcance sustancial que propenden a la salvaguarda de unos valores comunes de particular interés para la comunidad internacional. En este sentido Tomuschat es categórico, ya que para él la existencia de una Constitución internacional es fundamental pese a la ausencia de voluntad de los Estados o, incluso, justamente, en contra de la voluntad de los Estados.

Y respaldan su radicalismo y necesaria construcción de una estructura coherente en el sistema jurídico internacional con el objetivo de que explique la legitimidad y validez de sus normas, al rescatar la existencia de valores comunes que ameritan una salvaguarda reforzada y que, por lo tanto, justifican la presencia de normas constitucionales.

En este nuevo panorama se pueden identificar cuatro visiones predominantes del discurso constitucional actual: el constitucionalismo social, el constitucionalismo institucional, el constitucionalismo normativo y el constitucionalismo analógico.

Para autores como Krisch en su texto *Postnational Constitutionalism*, plantea la existencia de por lo menos tres tendencias principales en el seno del constitucionalismo internacional, bien sea porque se concentran en los controles, en la estructura o en el discurso. Así, se trata

de una visión que persigue identificar límites sustanciales y formales al poder en el ámbito mundial.

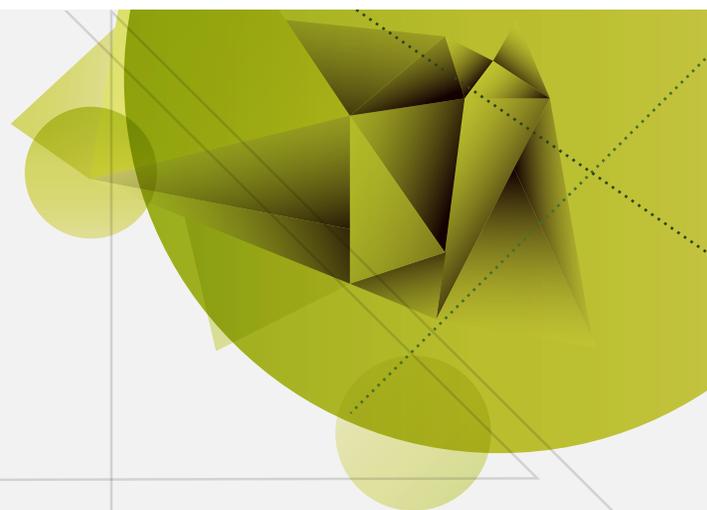
Por su parte, Chang en su libro *The emergence of transnational constitutionalism*, habla del constitucionalismo con relación al fundacionalismo, al reflexionismo y al constructivismo, y Walker en *The idea of constitutional pluralism*, habla de un enfoque nominalista, otro formalista y otro sustancial.

También existe una tendencia que puede ser catalogada por su extensión, esto es, un constitucionalismo global, uno funcional, uno regional, uno multinivel que se estructura atendiendo a uno o varios matices. Sin duda, hay que entender que la tendencia está en configuración y rápida transformación, lo único cierto es que se pretende la conformación de un solo texto constitucional, el reconocimiento de la naturaleza constitucional de varias normas dispersas o la asunción de una pluralidad de regímenes constitucionales.



Unidad 1

Teoría del Estado



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

En esta unidad, el estudiante abordará los principales aspectos de la Teoría del Estado, para llegar a comprender su esencia y finalidad. La Teoría del Estado es una disciplina científica que surge en Alemania a principios del siglo XIX, y centra su interés en el fenómeno “Estado”.

Entre los principales teóricos del momento están: Georg Jellinek, Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Herman Heller y otros, quienes abordan el estudio del Estado, separándolo de la teoría política general. Se entiende entonces al Estado como una comunidad política cuyos elementos constitutivos son el territorio, la población (el pueblo) y la autoridad, en el sentido equivalente a gobierno.

Para Aristóteles el Estado tiene por finalidad el “bien común”, realidad que se ha ratificado con el paso de los años, y que ha quedado como verdad universal. Se pretende con ello construir un conjunto de condiciones sociales que favorezcan el desarrollo del hombre y la sociedad, a través del orden jurídico como elemento fundamental del bien común.

Así, la existencia del Estado es necesaria, ya que le permite a la sociedad establecerse dentro de un territorio definido, y regulado por un poder soberano para obtener el bien público, formando una institución con personalidad moral y jurídica.

Es importante conocer la evolución del Estado, y sus implicaciones en la vida social y política de una nación. Ya que al ser el Estado y el derecho medios e instrumentos creados por los hombres y para los hombres, es la voluntad de los seres humanos, la que lo dirige, guía y administra, y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico.

Se les recomienda a los estudiantes las siguientes técnicas para memorizar:

Subrayar las palabras clave: A la hora de subrayar es recomendable leer previamente hasta el final el texto que vamos a destacar y, posteriormente, realizar el subrayado de las palabras más importantes.

Completa tus Mapas Mentales con Notas en: <http://www.pearltrees.com/>. Sin duda es una de las más eficaces formas de puntualizar conceptos y establecer asociaciones. En ocasiones, los nodos de los mapas mentales pueden quedar un poco pequeños para una asignatura como Derecho, en la que habitualmente hay que redactar textos. Por ello, una solución perfecta es incorporar Notas a nuestros Mapas Mentales, para completar la información contenida en los nodos. Con esta herramienta puedes mejorar mucho tu proceso, es muy práctica y fácil de usar.

No olvides realizar las actividades de apoyo establecidas en la plataforma, contienen información valiosa, entre ellas las actividades de repaso, y los recursos adicionales que tienen información resumida pero muy valiosa.

Finalmente les recomiendo:

- Recopilar enlaces favoritos organizados por temáticas. Organizar los recursos web más utilizados en nuestras clases.
- Realizar trabajos de búsqueda de información sobre páginas de noticias, vídeos, mapas, etc. relacionados con los contenidos de clase.
- Elaborar esquemas de enlaces y trabajos de clasificación de páginas web. Trabajar de forma colaborativa compartiendo recursos de la red.

Teoría del Estado

Precisiones básicas

Evolución del concepto

El Estado en la antigua Grecia

La forma de Estado en la antigua Grecia se caracterizó por tres instituciones básicas: la hacienda pública, encargada de recolectar los impuestos y tributos con destino a los templos y a las cortes reales; el ejército, orientado a la conquista de nuevos territorios y fuerza de trabajo esclavo, y la institución encargada de la construcción de las obras públicas (v.gr., canales de riesgo, puentes, carreteras). (Echeverri, 2014).

El manejo y administración de las tres instituciones dependía del rey o monarca, quien se encargaba además de la parte económica de legislar y juzgar. A su cargo tenía una red de funcionarios, gobernantes y representantes encargados de hacer cumplir sus leyes y el funcionamiento del Estado. Cabe anotar que los funcionarios no tenían ningún grado de autonomía decisoria.

En algunos Estados – ciudades griegas, particularmente en Atenas, las funciones legislativa y judicial alcanzaron algún grado de independencia y autonomía. La *ecclesia* (asamblea del pueblo) cumplía la función de aprobar las leyes; mientras que el senado dirigía los destinos del Estado y hacía cumplir las leyes. La judicatura era desempeñada por magistrados electos por el pueblo (los pretores).

Para Aristóteles el Estado era una asociación de hombres libres que reconocen un mismo gobierno y que pueden reunirse en asambleas, con el propósito de decidir lo mejor para la *polis*. Los siglos V y IV a.C. corresponden al apogeo de las grandes ciudades-Estado independientes, entre las que destacan las polis de Atenas y Esparta.

El Estado en Roma

El Estado Romano se forma con una ciudad-Estado: las civitas, conformada por una comunidad de ciudadanos o comunidad del pueblo, quienes tienen una participación activa. El Estado romano está conformado por una pluralidad de órganos pero con un alto nivel de

centralización del poder, la *majestas*, mientras que a los demás les corresponde un poder derivado. Es mediante la *lex regia*, que el pueblo le entrega los derechos para que una persona represente al pueblo en su totalidad. En el imperio Romano aparece por primera vez, en el mundo occidental, el manejo de los poderes del Estado por una sola persona.

La idea de la República en roma fue posible a una alianza que se establece entre la clase patricia y los plebeyos con el fin de destronar a la dinastía de los reyes etruscos.

La República fue establecida el año 509 a.C., según los últimos escritos de Tito Livio, cuando el rey fue desterrado, y un sistema de cónsules fue colocado en su lugar. Los cónsules, al principio patricios pero más tarde plebeyos, eran oficiales electos que ejercían la autoridad ejecutiva, pero tuvieron que luchar contra el senado romano, que creció en tamaño y poder con el establecimiento de la República. En este periodo se fraguarían sus instituciones más características: el senado, las diversas magistraturas, y el ejército. Una nueva Constitución estableció un conjunto de instituciones de control así como una clara separación de los poderes.

Mientras, los conflictos entre patricios y plebeyos caracterizaron la pugna política interna durante todo el periodo republicano, solo paulatinamente lograrán los plebeyos la plena equiparación política pero no social.

La expansión trae consigo profundos cambios en la sociedad romana. La inadecuada organización política (pensada para una pequeña ciudad-Estado y no para el gran territorio que es ya Roma) se hace patente para algunos, pero todos los intentos de cambio son bloqueados por la ultraconservadora élite senatorial. El enfrentamiento entre las diversas facciones produce en el siglo I a. C., una crisis institucional, que conducirá a diversas revueltas, revoluciones y guerras civiles.

El Estado en la Edad Media

La historia de la Edad Media comienza con la caída del imperio romano, luego de un largo período de decadencia, caracterizado por las continuas guerras civiles que provocaron la inestabilidad del gobierno por el despoblamiento del territorio, por la indisciplina y debilidad del ejército, por la crisis económica causada por la decadencia del comercio y la industria, el abandono del campo y los excesivos impuestos, (s.v.) cuando el último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo, fue depuesto por el jefe bárbaro Odoacro, quien asume el título de rey, en el año 476.

El “Estado estamental” de la Edad Media (*Gierke*) por su división del poder político se puede comprender como un Estado pluralista, o como dice Hegel una “poliarquía”. Ello porque los reinos y territorios de la Edad Media eran unidades de poder político mantenido por diferentes sectores sociales: la iglesia, los nobles, propietarios de tierras, caballeros, ciudades y otros privilegiados. Lo cual frenaba el poder, tanto a nivel interno, por los poderes feudales, corporativos y municipales como a nivel externo, por la Iglesia y el Emperador.

Un factor clave surge con el monoteísmo judeo-cristiano que formó una Iglesia universal, sin fronteras políticas, que reclamó una obediencia general, a partir de la fe y la creencia en Dios, lo cual la convierte en la única organización monista de autoridad, en un mundo donde el poder estaba disgregado.

Se puede decir que el Estado feudal no pudo consolidar una relación de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, ni un poder estatal unitario. Pero se presentó un fenómeno interesante, las funciones políticas y los derechos de mando se transmitieron por herencia con la tierra o se enajenaron. Así los caballeros y las ciudades tienen la posibilidad de adquirir ventajas de carácter público, cargos y derechos, de la mayoría de los príncipes cargados de deudas. Pero lo más importante es que los nuevos estamentos privan al príncipe de la base económica de su poder, arrebatándole la facultad impositiva. Pero no por muchos años, ya que la aparición del poder estatal monista en Inglaterra cambiaría la percepción del momento. Es allí donde gracias a la energía de los reyes normandos se crea en el siglo XI una organización política relativamente fuerte. Una primera manifestación del Estado moderno se dio en Sicilia donde Federico II sustrajo de forma radical al sistema feudal, centralizando todo de modo burocrático.

A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica el Estado de la Edad Moderna del Territorio Medieval.

El Estado moderno

A finales del siglo XIV comenzó a emplearse con carácter general para hacer referencia al conjunto del cuerpo político, lo cual avala la tesis de quienes sostienen que el Estado es una realidad política moderna con características específicas, surgida en Europa como consecuencia del Renacimiento y la Reforma, y elaborada teóricamente por los teóricos de la época.

El Estado así entendido se desarrolló en paralelo al concepto de soberanía, al cual está íntimamente ligado, y que implica la necesidad de que el Estado sea un cuerpo autónomo, por encima del cual no debe existir ningún poder: el gobernante crea su propio Derecho, sin que nadie pueda imponerle ninguna norma.

De manera complementaria a la noción de soberanía surgió la otra idea que caracteriza el Estado moderno: y es la soberanía popular, o sea, la posibilidad que tiene la comunidad política de decir quien quiere que los gobierne. La soberanía es así depositada en el colectivo social, del cual derivan todos los poderes.

Las instituciones políticas, por tanto, tienen carácter representativo, pues reciben potestad para cumplir la función de velar por los derechos de los individuos que forman el cuerpo político. Todo ello convierte al Estado en un entramado institucional que concretiza la voluntad de los miembros de la nación.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las características que identifican el Estado moderno son:

- La soberanía como piedra angular.
- El Estado es independiente, no existe un poder superior a él dentro de su jurisdicción.
- Institucionalización política: separación del poder político del religioso. El Estado dispone del monopolio del poder político, y el ejército el monopolio de la violencia armada.
- Despersonalización del poder.
- Formalización del poder en los jueces y la integración en la sociedad.

Concepto de Estado

La definición de Estado ha evolucionado a medida que la sociedad cambia, y las teorías políticas y del derecho generan nuevos aportes. Los enfoques plantean la existencia universal en casi todos los tiempos, desde el periodo clásico, en la sociedad medieval, hasta la época moderna. Por su parte, la concepción historicista determina un tiempo y espacio específico para su aparición, como creación política que se estructura de forma paralela con las bases teóricas y el nacimiento de las instituciones.

Sin embargo, son muchos los teóricos que han aportado en su conceptualización, algunos de ellos son:

El Estado ideal, según Platón, se compone de tres clases. La estructura económica del Estado reposa en la clase de los comerciantes. La seguridad, en los militares y el liderazgo político debe ser asumido por los gobernantes. Para llegar a ser gobernante, la persona tiene que pasar por un proceso educativo, y conocer el funcionamiento de la polis.

Santo Tomás decía que "El Estado tiene que cooperar con la iglesia en la salvación de las almas, creando las condiciones necesarias para que los hombres puedan seguir una vida de perfección" (*De regimine principum*, 1861).

Durante la edad moderna, el concepto de Estado cambia, al igual que su razón de ser que se vuelve un sistema teórico práctico que se fundamenta en la regularización de la conducta de quienes habitan en su territorio.

Para autores como Maclver, El punto de partida de la teoría de la acción social es la persona en cuanto síntesis de individualidad y sociabilidad. En esta visión la conciliación de los intereses del individuo y de la comunidad representa la condición primera de la estructura compleja de la sociedad civil; y es también la primera condición de la personalidad humana. Así, en el pensamiento de Maclver (1926) "El Estado constituye el órgano fundamental de la sociedad. Es la asociación más poderosa y de mayor permanencia".

Por su parte, autores como Meyer Fortes y E.E. Evans- Pritchard, consideran que "El Estado consiste en un tipo de sistema político con autoridad centralizada, aparato administrativo e instituciones judiciales; aparece en un contexto social caracterizado por una estratificación y diferenciación basadas en la riqueza y el privilegio,..." (Loaiza, 1993).

Para el Jurista, filósofo, profesor y juez austriaco Hans Kelsen, quien realizó aportes en torno a un sistema de revisión constitucional, y de una democracia basada en el equilibrio de poderes estatales, "El Estado es sinónimo de derecho (...) unificador por excelencia de los diversos acontecimientos sociales, el elemento que permite interpretarlos a todos en el mismo sentido" (Hans, 2008).

En este punto, es conveniente realizar una distinción conceptual entre Estado-poder, y Estado-nación, tal como lo propuso Duverger (1962) para esclarecer un poco más el concepto en cuestión.

En primer término, el Estado-poder es el conjunto de instituciones (v.gr., fuerzas armadas, recaudación de impuestos, jueces, consejos de gobierno, autoridades regionales y locales –modernamente, Legislativo, Ejecutivo-gobierno, Administración, Judicatura, y demás organismos de control) por medio de las cuales se ejerce por los gobernantes la dominación legítima sobre todos aquellos grupos o individuos que conforman la sociedad.

El Estado-nación, se constituye por una población existente en un territorio –claramente determinado por unas fronteras- organizadas políticamente, es decir, que posee un poder político al cual se encuentra sometida (Echeverri, 2014).

El concepto de Estado-nación es, por tanto, una construcción de orden jurídico, conformado por los elementos de población, territorio y gobierno, a los cuales se refieren la mayoría de los juristas cuando hablan del "Estado".

El Estado como estructura de poder

La palabra poder viene del latín *possum*, que significa potente, se relaciona con la fuerza, actitud para lograr o producir los efectos deseados. Dentro de la teoría del Estado, se emplean conceptos como el poder público, el poder del Estado, el poder político y la autoridad política.

Al hablar de poder se relaciona con el empleo de la fuerza, mientras que la autoridad es la facultad atribuida a una persona. El poder público hace alusión a las atribuciones que tiene el Estado para orientar y dirigir la actividad de la sociedad. En cuanto a la estructura, las nuevas concepciones cambiaron la expresión por el de órganos del Estado, que son personas físicas, individuales o colegidas, que obran en nombre del Estado y ejercitan la voluntad del mismo para el logro de sus fines.

Por lo tanto son órganos del poder público: rama ejecutiva, rama legislativa, rama judicial, en nuestra constitución tenemos órganos y ramas. Leer los artículos 113, 114, 115, 116, 120 y 127 C.P.

El poder político como relación entre gobernantes y gobernados posee en su estructura o andamiaje organizativo, elementos intrínsecos y extrínsecos interrelacionados.

Los elementos intrínsecos están en su seno y son propios de su naturaleza. Son i) La energía del pueblo como unidad política; ii). El mando ejercido por una autoridad legítima que monopoliza la coacción y iii). La obediencia de los gobernados que lo hacen con conciencia de legitimación de la autoridad que los gobierna.

El siguiente esquema describe los poderes políticos del Estado:



Imagen 1

Fuente: http://4.bp.blogspot.com/_KU9zLERV9_I/SEsEmhK0bBI/AAAAAAAAACU/fCqyZXEYW6Q/w1200-h630-p-nu/11.jpg

Finalmente, para que un Estado funcione, requiere el uso de poder, la autoridad y el gobierno, así como conseguir la legitimidad y mantener la legalidad en todas sus acciones.

Otras formas de ver El Estado

Estado premoderno

El premodernismo es una época que tiene su raíz en la era preindustrial, en las órdenes religiosas y en la medicina; se origina en la esclavitud y las cruzadas.

Durante este periodo no existe un concepto de Estado definido, por el contrario el poder lo ostentan diferentes clases sociales, y una constante pugna interna, en la cual, la religión es la institución mejor organizada y con más influencia en la vida social.

Existe una constelación de organizaciones fraternales dedicadas a una mejora permanente y gradual. La comunidad gira en torno a estas organizaciones de artistas y artesanos, las familias, esposos, hermanos, tíos, hijos trabajan en los mismos en comunidad, pero el poder central lo ostenta la figura del clero y el rey.

Estado moderno

Los Estados modernos se organizan a partir de la división de poderes para resolver las necesidades de la sociedad, generar cohesión, y mantener la defensa de la comunidad ante las amenazas y agresiones de Estados enemigos.

Como anota Antonio Gramsci: “todo Estado tiende a crear y mantener un cierto tipo de civilización y de ciudadano (y por consiguiente de convivencia y de relaciones individuales), tiende a hacer desaparecer ciertas costumbres y actividades y a difundir otras; el derecho será el instrumento para ese fin”.

Entre los elementos que caracterizan a los Estados modernos están:

- a. El Estado – poder, que se refiere al poder político que se ejerce por medio de instituciones, cuyas funciones responden a una cierta división del ejercicio de ese poder para resolver controversias en materia civil entre particulares.
- b. El Estado – nación es una sociedad o comunidad determinada que participa de una cierta identidad (p. ej., un pasado histórico común; unas tradiciones culturales similares; unas creencias religiosas mayoritarias), que se encuentra ubicada en un territorio delimitado por unas fronteras físicas y sometido a una autoridad política o gobierno.

Estado post moderno

Para Chevallier, (2004) el “Estado posmoderno” se puede definir como una forma ambigua, incierta y por esencia misma evolutiva” de tal manera que “constituirá sin duda una transición hacia una concepción diferente de la organización política, rompiendo esta vez con la racionalidad estatal”.

Por su parte, para Ghani y Lockhart, (2008) los Estados posmodernos, se deben relacionar con los Estados fallidos y la debilidad estatal en general debido a la emergencia de “un consenso de que solo los Estados soberanos -con lo cual se significa Estados que en realidad desarrollan

las funciones que los hacen soberanos- permitirán que el progreso humano continúe”.

Otros teóricos, los definen como Estados que no insisten en su soberanía por encima de todo ni en separar los asuntos externos de los internos. Cooper ve estos rasgos no sólo, evidentemente, en esa construcción que es la Unión Europea, sino también, por ejemplo, en el tratado sobre armas convencionales (CFE) en Europa, por el que los Estados aceptan intromisiones en su soberanía que hasta ahora siempre habían rechazado.

Como quiera que sea, la idea de un Estado que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado ya no es realista. Tampoco lo es la exploración del fenómeno estatal desde una perspectiva monodisciplinaria.

En términos generales, se advierte un desplazamiento de los orígenes, causas y fundamentos del Estado, a sus efectos y resultados como objeto de interés. Al igual que el auge de los estudios de evaluación de políticas públicas, la explosión de la literatura sobre Estados fallidos y desempeño estatal es sintomática de esta transformación. A la ciencia política contemporánea no le interesa tanto explicar de dónde viene y qué justifica la existencia del Estado, como describir sus condiciones de funcionamiento para evaluar su desempeño de la manera más integral posible.

Fundamentos y funciones del Estado

Teoría que fundamentan jurídicamente el Estado

El Estado se origina en un conjunto de operaciones, cuya actividad está coordinada al funcionamiento de las normas para alcanzar un orden social, producto de este que se logra dentro de procesos históricos, políticos y jurídicos. Con el recorrido de la historia se han dado conjeturas y operaciones que permiten la configuración de la sociedad y el Estado como la participación, igualdad jurídica, libertades individuales y derecho de propiedad. El poder soberano del Estado también regula el funcionamiento de las instituciones y el cumplimiento de los fines cumpliendo con un proceso de legitimación ante la sociedad.

- **Teoría contractualista de la edad media:** el punto de vista contractualista considera que la sociedad es un producto artificial posterior al individuo, parte de la postura de un Estado de naturaleza inferior al Estado social, explica esto mediante un pacto o contrato entre los individuos con el fin de promover su seguridad y bienestar, se caracteriza por la suficiencia de la razón para solucionar los problemas sociales y políticos.
- **Contractualismo absolutista de Hobbes:** influenciado por Francis Bacon, Bodin y Maquiavelo. De bodin toma el carácter absoluto de monarquía y de Maquiavelo el concepto de autoridad y la idea de independencia entre el Estado y la religión; y el carácter limitado de la soberanía estatal. En su obra cumbre, *Leviatán* (1651) define la necesidad de crear un contrato social para establecer la paz entre los hombres.
- **Contractualismo político:** propuesta realizada por Locke (1689), en *Los Dos Tratados Sobre el Gobierno Civil*, propone mediante un convenio que los individuos se juntan con la finalidad de llevar una vida segura y pacífica, de esta forma todos los participantes de

este cuerpo político bajo un gobierno deciden acogerse y someterse a las decisiones que delibere la mayoría. Y la formación del Estado se da según el acuerdo de cuerpos políticos.

- **Contractualismo social:** para Rousseau, el verdadero contrato social, es en el que se pasa de una libertad natural a una libertad civil y política, se da una voluntaria y libre alienación, una desposesión de lo que pertenece al «hombre natural», pero no en favor de una voluntad individual, sino en favor de toda la comunidad, viniendo así a crear una unión social perfecta, cuya expresión y principio rector es la voluntad general.

Funciones del Estado: función legislativa, administrativa o ejecutiva y jurisdiccional

- **La Función Legislativa:** actividad realizada por el órgano legislativo, su contenido es el acto-regla, pues elabora la norma jurídica abstracta, se trata de una función a través de la cual el Estado establece normas jurídicas, desde el punto de vista formal, es la actividad que el Estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder Legislativo. También puede apreciarse desde el punto de vista objetivo o material, o sea, prescinde de su autor y de la forma como se realiza, pues es un acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica general, la ley.

La función legislativa es una actividad plenamente política, en la cual concurren tanto los intereses o propósitos de los partidos, y los intereses sectoriales existentes en la sociedad, y que los partidos de una u otra manera vehiculizan y agencian.

- **Función Administrativa:** esta función la realiza el órgano o poder Ejecutivo, el órgano administrativo debe actuar invariablemente conforme a la ley, que es un límite y condición de la función administrativa, también puede apreciarse desde el punto de vista formal, que se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder ejecutivo; y desde el punto de vista material.

El ejecutivo tiene que ver con la toma de decisiones políticas. La Administración, con el manejo de actividades económicas, sociales y culturales a cargo del Estado, aun bajo las condiciones de desregularización y disminución de la injerencia pública impuesta por el neoliberalismo.

- **Función Jurisdiccional:** es la aplicación de la regla general, abstracta, impersonal y obligatoria a cada caso específico para dirimir una controversia. También puede analizarse desde dos puntos de vista: como función formal o como función material, desde el punto de vista formal la función judicial está constituida por la actividad desarrollada por el Poder Judicial, como función considerada materialmente se denomina función jurisdiccional, y solo se atiende a la naturaleza intrínseca del acto en que se concreta y exterioriza, o sea a la sentencia.

Como instrumento empleado para la resolución de conflictos originados, busca resolver:

- **Conflictos entre particular y particular,** en torno a la propiedad privada, como matriz de obligaciones y derechos. Su solución es encomendada a los tribunales y jueces civiles.

- **Conflictos entre un particular, otro particular y la sociedad**, en razón de comportamientos juzgados como antisociales (delitos). La resolución de éstos es atribuida a los tribunales y jueces penales.
- **Conflictos entre un particular y otro particular**, en razón de relaciones laborales surgidas entre ambos. Su resolución compete a los jueces y tribunales laborales.
- **Conflictos entre un particular y el Estado**, originados en actos arbitrarios, incumplimiento de obligaciones contractuales o conductas imprevistas o dolosas de los funcionarios públicos, entre otros sujetos.

2

Unidad 2

Elementos del
Estado



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

Por ser el Estado una organización política, estructurada y regida por un orden jurídico, y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público, requiere de un determinado territorio y población, para formar una institución con personalidad moral y jurídica.

Poder, territorio y pueblo o nación son, por consiguiente, los elementos que conforman el concepto de Estado, suelen llamarse elementos previos del Estado, ya que son anteriores a su formación. Por otra parte, los elementos constitutivos: el fin del Estado, el bien público temporal, la autoridad o poder público, son aquellos que se consideran como elementos formales, sin los cuales no podría existir el Estado.

Desde el punto de vista jurídico – político, hay convergencia entre los autores en considerar como elementos del Estado-nación la población, el territorio y el gobierno. La configuración de un país se constituye cuando se presenta una identificación racial y cultural. Por lo que la identidad étnico-cultural tiene un objetivo sociológico, ya que funciona como un factor cohesionante de un grupo humano.

Otra forma de clasificar los elementos del Estado, es como elemento fáctico: soberanía, sociedad o pueblo, territorio; el elemento normativo: ordenamiento jurídico, legalidad; y el elemento axiológico: los fines del Estado (necesidades, intereses y valores), bien común, legitimidad.

A continuación se ampliarán estos aspectos, para llegar a comprender su importancia, significado y finalidad.

Se recomienda realizar una lectura detallada del material de estudio, y responder en orden el taller de seguimiento, tomar apuntes para que su realización sea más rápida y efectiva, además preparar las bases teóricas para el trabajo de argumentación.

Se recomienda mantener una comunicación permanente con su tutor y con sus compañeros, para construir una comunidad de aprendizaje, la cual fomenta la búsqueda de nuevos saberes, ya que esta heterogeneidad cultural, social, y lingüística es un elemento interesante para comprender y aceptar las diferencias, y adquirir una visión más amplia de la realidad en estudio.

Elementos del Estado

Población: quienes conforman la población: los nacionales

La población es el primer elemento constitutivo del Estado, ya que ante todo se trata de una agrupación humana.

“La población o los habitantes de una nación está conformada por un núcleo humano que se perciben a sí mismos como constante en el tiempo e identificado racial y culturalmente. Desde luego, esta percepción tiene más de creencia que de realidad, pues está científicamente demostrado que no hay pueblos racialmente “puros”” (Echeverri, 2014).

Así, se puede definir la población como un conjunto de personas naturales que habitan en un territorio de manera estable, lo que implica tener un asentamiento o residencia, factor que excluye a los extranjeros turistas o que vienen de paso.

Otros teóricos, definen a los habitantes de un territorio como pueblo, que jurídicamente correspondería al sujeto titular del poder político del Estado, y que socialmente conformaría a la nación.

Para Smith (1976) «La nación es el grupo considerable de seres humanos, que posee una integración vertical de la población en torno a un sistema común de trabajo, un territorio más que local con una movilidad horizontal dentro del mismo, pertenencia directa al grupo con iguales derechos de ciudadanía, al menos un signo de relativa disimilitud reconocida por el cual sus miembros pueden distinguirse de los de otro grupo semejante y relaciones de alianza, competencia, o conflicto con otros grupos semejantes, así como un elevado nivel de sentimiento de grupo».

De otra parte, “el concepto de nación (y de nacionalidad) tiene un valor jurídico, ya que pertenecer a una población es el requisito indispensable para adquirir la ciudadanía, por lo que sin nacionalidad no puede haber ciudadanía” (Rozo, 1988).

Se puede entender la nacionalidad como el vínculo jurídico que une al individuo con un Estado. Por lo que nacionales y extranjeros deberán respetar las Normas internas y, serán sujetos también de ciertas funciones del Estado respecto de la población.

La nacionalidad es un vínculo generador de obligaciones recíprocas, como ya se mencionó entre el Estado y el Individuo, y que tiene su origen por el nacimiento en el territorio del Estado-nación (*ius soli*), la procedencia de los padres (*ius sanguinis*) o la adopción de una nueva nacionalidad, abandonando la de origen (*ius domicili*).

Mientras que la ciudadanía es una figura jurídica que permite a los nacionales la realización de ciertos actos (participación política, realización de contados civiles, etc.), y está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos: (edad, estar libre de interdicción por condenas penales o limitantes en razón del cargo v.gr., militares-).

En un régimen democrático los derechos políticos se refieren, fundamentalmente, a la participación de la comunidad en la generación y funcionamiento de órganos representativos. Así, la ciudadanía permite al individuo disfrutar del derecho a sufragio, del derecho a ser elegido (o derecho de sufragio pasivo) y de la posibilidad de incorporarse a la función pública (cuando para ser designado funcionario público se exige la calidad de ciudadano).

La importancia jurídica de este elemento la sintetiza Rozo Acuña del siguiente modo:

1. "Como elemento necesario en la relación de poder, ya que sin él no puede haber gobernantes y gobernados, ni, por lo tanto, orden político.
2. Como origen de todas las fuerzas políticas del Estado moderno, como partidos políticos, grupos de presión, sindicatos, asociaciones, y como condición para la toma de decisiones políticas, pues éstas corresponden necesariamente a intereses humanos, ya sean de carácter económico, social, educativo, o de nivel interno o internacional" (Rozo, p.35.).

Criterios para determinar la nacionalidad.

Existen dos criterios, por nacer en un determinado país o por los lazos de consanguinidad. Así encontramos el "*ius soli*" y el "*ius sanguinis*".

En la antigua Roma, se usaba el "*ius*" para referirse al derecho creado por los hombres, en oposición al "*Fas*" o derecho Sagrado. Así, el "*Jus Soli*" es el Derecho del suelo en que se nace, por lo que la nacionalidad la adquiere quien nace en el territorio del Estado, ya sea este espacio marítimo, aéreo o terrestre (Brewer, 2005).

El "*ius soli absoluto*" implica imponer la nacionalidad automáticamente y sin excepción a quienes nazcan en su territorio, implica personas que accidentalmente puedan haber nacido en el territorio de un Estado, sin tomar en cuenta la vinculación patriótica y espiritual con ese Estado.

El "*ius soli restringido*" otorga la posibilidad de tener la nacionalidad a quienes nacen en territorio de un Estado, pero previo a algunos requisitos como sería residencia, manifestación de voluntad expresa, optar por la nacionalidad del Estado o por la extranjera de sus padres al cumplir la mayoría de edad (Orgaz, 1961).

El “*jus sanguinis*” es el derecho de la sangre, la nacionalidad y los derechos de una persona se rigen por la legislación de su patria familiar de origen, es decir, por la sangre aun cuando ésta no sea originaria. Así, los hijos que nacen en el extranjero mantienen la nacionalidad de sus padres; esto sin perjuicio del Derecho de opción de otra nacionalidad, que pueda corresponderle al llegar a una determinada edad (Orgaz, 1961).

Los extranjeros

Extranjero es aquella persona que vive o reside en un país diferente al cual nace, y que goza del derecho de extranjería. Según el Estado, los extranjeros pueden poseer un estatuto común y un estatuto especial.

La noción de estatuto especial le otorga un tratamiento favorable en muchos aspectos, para el caso iberoamericano, las Constituciones prevén la posibilidad de concertar tratados de doble nacionalidad.

La dialéctica nación – Estado

Para Hegel la dialéctica del Estado, aparece porque están presente lo individual y lo universal. Plantea que los intereses y deseos individuales no son libertad, sólo en el Estado el hombre tiene existencia racional, y es en el Estado, el único lugar donde hay garantía de libertad y de que los individuos vivan libremente.

Desde esta perspectiva, no es posible pensar que los intereses individuales puedan ser elevados al rango de libertad, lo cual conduce a la crítica de las teorías en el Estado de naturaleza, en la cual se piensa que el Estado no hace sino coartar la libertad, ello indica que existe una relación dialéctica entre los intereses del individuo que son particulares y los intereses del Estado que son generales.

Territorio. Concepto: necesidad y funciones del territorio

Componentes del territorio:

Dominio terrestre: suelo, subsuelo

Según Kelsen (1961), el territorio del Estado es tridimensional. Se extiende en longitud, altura y profundidad. “Los territorios de los distintos Estados no son parte de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos cuyos cuerpos vértices se encuentran en el punto central de la tierra”.

Se deduce de ello que las partes integrantes del territorio del Estado, son el suelo, el mar territorial, el subsuelo y el espacio aéreo. Roza Acuña, (1988) define el territorio como el ámbito espacial de ejercicio del poder, “el espacio dentro del cual se da la relación política entre gobernantes y gobernados”.

El factor territorial aparece ligado desde el principio al poder institucionalizado. Los aspectos centrales de las reformas de los grandes legisladores de la antigüedad (Licurgo en Espar-

ta y Solón en Atenas) consistió en la asignación territorial de la población, en oposición a los viejos ligámenes de parentesco que había primado hasta antes de la aparición de las clases en las sociedades antiguas.

En el artículo 101 de la constitución política de Colombia, están representados los componentes estructurales del territorio, que van desde los perceptibles por los sentidos (suelo, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva), hasta los virtuales (el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio).

La definición de cada uno de ellos se presenta a continuación:

- **Suelo:** según Vladimiro Naranjo “El suelo puede definirse como la porción de la superficie terrestre sobre la cual se asienta la población y se ejerce la soberanía del Estado”.
- **Subsuelo:** se encuentra inmediatamente por debajo del suelo, se prolonga verticalmente en un cono, donde su vértice es el centro de la tierra, su importancia, es que allí se encuentran los elementos minerales, indispensables para el desarrollo económico, como el petróleo, el hierro o la hulla.
- **Espacio Aéreo:** es la atmosfera que cubre a todo Estado, y su importancia deriva principalmente por razones de seguridad y estrategia, pero luego de muchos avances científicos y tecnológicos, también se ha permitido explotarlo para beneficio económico.
- **La órbita geoestacionaria y el espectro electromagnético:** son componentes virtuales que también hacen parte del espacio aéreo, se define como un recurso natural propio de cada país que se encuentre en esta línea imaginaria (con medidas de 150 Km de ancho y 30 de espesor). Y el espectro electromagnético, es el que permite las telecomunicaciones.
- **Mar territorial y plataforma submarina:** se considera mar territorial a la extensión de océanos que bordean las costas del suelo y del subsuelo de un Estado, y la zona económica exclusiva, que es de carácter económico, se extienden hasta las 200 millas náuticas y son de libre uso y destinación por parte del Estado.
- **Otros componentes:** el territorio se extiende también a los buques de guerra, las residencias de los jefes de misión diplomática, y estas reglas no aplican para los buques mercantiles, ya que estos al permear en aguas extranjeras, deben someterse a la reglamentación del Estado al que entran.

Dominio aéreo: espectro electromagnético, órbita geoestacionaria

El dominio aéreo de un Estado lo constituye el espacio aéreo y cubre el territorio de la república hasta el límite exterior del mar territorial. Existen dos clases de espacios: el nacional correspondiente al Estado, por lo que su uso pertenece a su soberanía, y el internacional que cubre extensiones del espacio terrestre que no pertenece a ninguna nación, y es de uso libre.

La definición relativa a espectro electromagnético, hace alusión a un recurso natural limitado, cuya importancia es fundamental para el desarrollo de las telecomunicaciones, y aparece reglamentado en la Constitución colombiana como un bien público inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, según el artículo 75 de nuestra Carta de 1991. Y en la misma, en el artículo 101, se preceptúa que forman parte de Colombia: el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

Mientras que la órbita geoestacionaria o GEO tiene un valor estratégico ya que es el único lugar en el espacio en el que se pueden colocar satélites de larga duración y cobertura global, los cuales giran sincrónicamente a la misma velocidad de rotación de la tierra. En consecuencia, sus posiciones orbitales son de inmenso valor socioeconómico, político y cultural. Está sustentada sobre principios del derecho espacial, fundamentalmente se basa en el Derecho Internacional y en la propia Carta de las Naciones Unidas (Rodríguez, 1986).

Dominio marítimo

Implica el concepto de posesión y conlleva a que el Estado podrá actuar como simple propietario y en virtud de ello estaría facultado para cerrar libremente al tránsito la porción del mar territorial, ejerciendo un verdadero monopolio a través de la prohibición establecida a la circulación.

En la actualidad los Estados acogen la tesis de la Soberanía, proclamada por el Convenio de Ginebra sobre Mar Territorial de 1958, limitando solo su ejercicio al tránsito inocuo, y ratificada en la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982.

Zona contigua

Según la Convención sobre el Derecho del Mar (1982) la cual establece que es el espacio marítimo contiguo al mar territorial de un Estado donde éste puede tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial (art. 33.1, 1 y b). Conforme a la Convención esta anexión podrá extenderse más allá de 24 millas marinas.

Zona económica exclusiva

Según la Convención del Mar de 1982 convocada por la Organización de Naciones Unidas con el fin de establecer normas sobre la explotación de los recursos marinos, se reconoció internacionalmente la Zona Económica Exclusiva para todos los países.

Dicha Zona es una franja de mar de 200 millas de ancho a lo largo de todas las costas del país. En esta zona el país tiene derecho exclusivo para explotar los recursos vivos y minerales, pero no tiene soberanía total como la tiene en el mar territorial. Junto al derecho que tiene sobre los recursos, el país tiene el deber de proteger las especies marinas.

Plataforma continental

El Convenio de Ginebra de 1958 sobre plataforma continental, en su artículo 1, entendía por plataforma continental: “la superficie de un fondo submarino próximo a la costa y situado entre esta y profundidades inferiores a 200 metros, zona marítima que desciende suavemente hasta 900m. Su amplitud hasta la costa puede cambiar y oscilar entre escasos metros y algunos kilómetros. Es la continuación submarina de los continentes. En ella abunda la vida animal y vegetal por lo que es de gran importancia económica”.

Este concepto, a efectos de derecho internacional, fue modificado por la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, que estableció en su Artículo 76.1 que: “La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.

Territorio por extensión

Corresponde al Espacio de Territorio en el que un Estado determinado ejerce su soberanía, incluye el territorio hasta la plataforma continental, regulado según la Convención del Mar y la Convención de Cielos Abiertos o sea hasta 100,000 metros sobre el suelo.

Poder público. Concepto, elementos

La noción de poder público se entiende como la capacidad que tiene el Estado para ejercer diferentes niveles de coacción sobre sus habitantes. Su acción abarca a todos los poderes que son propios del Estado a través de las diferentes ramas: legislativa (crea y modifica leyes), judicial (aplica dichas normativas) y ejecutiva (desarrolla políticas de gobierno) a través de diversas instituciones.

La expresión de poderes públicos se asocia a los organismos estatales que disponen del monopolio de la acción violenta para condicionar el comportamiento de los ciudadanos, siempre bajo los parámetros establecidos por las leyes.

El poder público es necesario para el funcionamiento de la sociedad, ya que se requiere de un orden, y de la existencia de reglas que permitan la convivencia humana, la cual se traduce como el ejercicio del poder.

Teoría sobre el fundamento del poder

El fundamento del poder surge de la relación problemática entre el poder y la fuerza, a raíz de la efectividad y de la legitimidad de los mismos en la sociedad. Para Hobbes garantizar la seguridad del pueblo requiere que una persona o una asamblea que detente legítimamente en el Estado el poder supremo.

Las doctrinas naturalistas afirman que el derecho de mandar de algunos es la obligación de obedecer de otros, apelando a la naturaleza como orden racional, por lo que sostienen que si todos los hombres fueran racionales no necesitarían gobierno alguno. En cuanto no todos los hombres son racionales se necesita del Estado y, de igual manera, se necesita de un gobierno civil.

Otra teoría se fundamenta en el poder constituyente (concepto propuesto por Emmanuel Joseph Sieyès, 1748-1836) y que puede ser entendido como la voluntad política que determina la existencia de la unidad política (Schmitt, 1993).

El poder constituyente se fundamenta en la necesidad de configurar el orden social y la unidad política, cuando se crea la Constitución. Por lo que poder constituyente tiene la facultad de transformar todo el orden social y político, y esto, sin necesariamente cambiar su propia naturaleza.

Características del poder en el Estado de Derecho

Primero es importante identificar los principales rasgos del régimen del “Estado de derecho” (expresión acuñada por el jurista alemán Robert Von Mohl en 1832), o “Estado constitucionalizado” (Loewenstein) o “Estado legal –racional” (Weber), expresiones en las que se valida el ejercicio del mando sobre los hombres por medio de leyes preexistentes a los gobernantes e independientes de su voluntad, cuyo propósito es evitar los abusos contra los derechos humanos.

Las características del ejercicio del poder en el Estado de derecho son:

- Fragmentación del poder político: mandar, ejecutar, juzgar y controlar.
- Sometimiento a normas preexistentes para el ejercicio del poder.
- Limitación por regulaciones normativas según sus competencias.
- Carácter representativo y electivo.
- Carácter independiente y autónomo de la función judicial.

Soberanía reconocida por otros Estados

Teorías al respecto: La soberanía como acto político

La Soberanía (del latín “*super amus*”, ‘señor supremo’) es la voluntad política que posee un pueblo con derecho a tomar decisiones para determinarse, manifestarse, y tomar decisiones con independencia de poderes externos.

La soberanía es llamada también poder del Estado, pero para que sea legítimo debe de ser aceptado por el pueblo, quienes la ejercen por medio del sufragio, pero la Constitución también permite canalizarla por medio de la participación ciudadana y de figuras como el Referendo. De este modo se puede definir la Soberanía como la autoridad suprema de los Poderes Públicos que radica en el pueblo, pero que éste otorga al Estado y la ejercer a través de sus órganos.

La soberanía tiene las siguientes características:

- **Es inalienable.** No se puede transferir ni enajenar bajo ningún título a ninguna persona o grupo de personas. El pueblo al organizarse en Estado a lo sumo puede delegar en sus gobernantes para que la ejerzan.
- **Es imprescriptible.** Como esta delegado, el pueblo no la ejerce por sí mismo, pero esta falta de ejercicio no la desvanece, el pueblo no pierde la soberanía por el paso del tiempo sin ejercerlo.

La soberanía como acto jurídico

La soberanía vista desde una perspectiva jurídica, implica la competencia del Estado para tomar decisiones acertadas a nivel interno y externo, lo cual supone un poder otorgado por el sistema jurídico y por tanto necesariamente limitado, ordenado legalmente y fundamentalmente decisiva (Hillgruber, 2009).

Crisis del concepto de soberanía

Según Habermas (1999), la crisis de soberanía del Estado moderno proviene de diferentes factores: el poder destructivo ecológico, social y cultural del capitalismo, sumado a la fuerza del nuevo orden supranacional y global.

Señala que el Estado nacional, en el contexto modificado de la economía y de las sociedades mundiales, llega al límite de su eficacia, pues la domesticación política del capitalismo global y la democracia presentan problemas de funcionamiento.

“Globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil, y, relacionada básicamente con todo esto, una cosa que es al mismo tiempo familiar e inasible —difícilmente captable—, que modifica a todas luces con perceptible violencia la vida cotidiana y que fuerza a todos a adaptarse y responder. El dinero, las tecnologías, las mercancías, las informaciones y las intoxicaciones “traspasan” las fronteras, como si éstas no existieran” (Beck, 1999).

Por lo que el desafío del Estado es repensarse para enfrentar las economías de escala mundial, que afectan la nacionalidad y crean nuevas formas de política que sale de los canales tradicionales institucionales de la política y ahora se define por una subpolitización, la cual se maneja sin la participación del Estado. “Los verdaderos poderes que determinan las condiciones en las que todos actuamos en estos tiempos fluyen en el espacio global, mientras que nuestras instituciones políticas siguen en general atadas al suelo; son, nuevamente, locales” (Bauman, 2005).

Globalización y soberanía

Los efectos de la globalización sobre el Estado son innegables, ya que cuestiona su capacidad para liderar y regular los acontecimientos ambientales, económicos y de conflicto social

que traen la compleja realidad «global». Este fenómeno ha generado un alto sentido de interdependencia, y hace alusión a la necesidad de cooperación internacional, y al aumento de los intercambios internacionales de bienes y servicios entre los mismos.

Pero también, ha generado un debilitamiento de la figura político-social del Estado, que afecta la soberanía en la forma tradicional, a nivel del territorio y población, pues la transnacionalización es completa, implica traspaso de capitales, bienes, productos, culturas, tecnologías etc., cambiando la forma de percibir y sentir respecto al país, y la forma como pueden concebirse los Estados. En este sentido los expertos recomiendan reorientar y organizar nuestras vidas y quehaceres, así como nuestras organizaciones e instituciones, a lo largo del eje 'local-global'" (Beck, 1999).

Siguiendo el pensamiento de Beck, Ulrich, en su texto ¿Qué es la globalización? se estima que en la era de la globalización, las estructuras del Estado están sometidas a progresivas tensiones, por la envergadura de los cambios y por la convergencia de una pluralidad de factores, que generan secuencias de modificaciones estructurales y funcionales en las instituciones, sean estas supranacionales, regionales, nacionales o locales.

Este contexto suscita una crisis inducida que afecta a las estructuras políticas y administrativas del Estado, y su vinculación con la globalización se vuelve fundamental. En primer término, por la aparición cada vez más marcada de una asimetría imbricada en los procesos de globalización que se extiende hasta los efectos producidos en los ámbitos económicos, políticos y culturales.

Segundo, por la existencia de una política de intervención cada vez más marcada en todo el globo por parte de las grandes potencias mundiales, lo cual conducirá a nuevos procesos de orden político, que en muchos aspectos no serán tan eficientes como los mecanismos del mercado pero de los que no se puede prescindir.

Finalmente, la globalización es el marco ideal para la configuración del poder hacia ámbitos supranacionales por la emergencia de nuevos actores transnacionales e instituciones que asumen papeles de importancia, a costa de los que hasta el presente correspondían al Estado.

2

Unidad 2

Transformaciones
jurídicas del Estado



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

El concepto y función del Estado ha evolucionado con el tiempo, hasta llegar a la estructura general que conocemos hoy. Sin duda, las nuevas dinámicas del mercado, la sociedad y la política nos llevarán a futuras transformaciones, en busca de nuevos procesos de organización global. El Estado es una idea, un concepto e Institución que requiere para su comprensión un estudio histórico, que según cada época ha correspondido a procesos sociales, políticos y culturales concretos que han incidido en su transformación. Muchos de esos procesos han sido violentos.

En la antigüedad, en Grecia o Roma, existieron organizaciones políticas con diferentes características, que generaron aportes valiosos a la configuración del Estado. Al igual que durante la Edad Media, a pesar de que no había Estado, existían formas políticas caracterizadas por la “poliarquía”, entendida como diversas formas de poder político que competían entre sí.

Aparte de la poliarquía, en la Edad Media había pluralismo jurídico, el derecho era impuesto por diferentes poderes, y las comunidades impusieron diferentes costumbres que con el tiempo se consolidaron en formas de derecho.

La edad moderna trae aparejado nuevas formas de comprender la realidad, y de organizar la sociedad, nace el Estado moderno, basado en los principios fundamentales y el ejercicio de la ciudadanía, hasta llegar al concepto que hoy conocemos como Estado Social de Derecho.

Para esta parte del curso, se ha adquirido claridad conceptual y una percepción histórica del Estado. Se recomienda darle toda la importancia al Foros de diálogos argumentativos, que potencia las lógicas individuales y se caracterizan por la defensa de puntos de vista personales, no necesariamente confrontados con los de los demás.

Johanssen, (1998), indica que el foro virtual constituye una herramienta tecnológica que propicia la creación de los ambientes que estimulan el aprendizaje y el pensamiento crítico a través de la negociación y construcción del conocimiento.

Markel (2001) y Arango (2004) reconocen los foros virtuales, como excelentes estrategias para el desarrollo del pensamiento crítico y suelen llamarlos “filigranas mentales”, debido a que ellos involucran múltiples aspectos cognitivos y socioafectivos, como seguir el hilo de los diálogos, pensar y entender las intervenciones, descubrir gemas ocultas, confeccionar mensajes para impulsar el diálogo hacia nuevas perspectivas, conocer la opinión de los otros, fomentar la autonomía de los participantes y salir de lo evidente para explorar varias alternativas, entre otras muchas posibilidades.

Transformaciones jurídicas del Estado

Estado antiguo: polis, civitas

La Polis

La Polis es símbolo de civilización por su forma de organización, está basada en principios de ciudadanía e igualdad legal, y en mecanismos de participación política.

La composición social de la polis se basa en ciudadanos, quienes tienen derechos políticos y, el resto de la sociedad son mujeres, extranjeros y esclavos que carecen de derechos políticos, pero sin embargo todos participan en las obligaciones fiscales y militares.

Los ciudadanos se comportan según criterios universales y de logro en la composición de los estratos sociales. Su lealtad política es importante, ya que demuestra su voluntad con el desarrollo de la ciudad y le da legitimidad al sistema (Vernant, 1992).

Para Aristóteles, la vida en la polis era el vivir colectivo, el vivir asociado y el camino para alcanzar el fin último, la felicidad. Los griegos no diferenciaban entre sociedad y política, lo político incluía lo social, según Aristóteles el hombre es un ζοον πολιτικον, "**Zoom Politikon**" para referirse a que el hombre se realiza solo con plenitud en la polis, infiriendo que el que está fuera de ella es un ιδιώτης, el **Idion** es aquella figura opuesta a la del Político.

Desde esta perspectiva, el hombre no político era un ser defectuoso, cuya insuficiencia consistía precisamente en haber perdido o en no haber adquirido la dimensión y la plenitud de la simbiosis con la propia polis. El animal político no se distinguía en modo alguno de un animal social, y ésta es la esencia que subyace de La Política de Aristóteles.

La Civitas romana

El concepto de *civitas*, difiere de la idea de política propuesta por los griegos, ya que representa un grupo cuya cohesión se basa en el consenso de la ley. Se pasa de la polis a la cosmópolis, y desaparece el concepto Aristotélico de animal político por animal social.

La equiparación del concepto **civitas** representa ciudadanía. Los romanos la empleaban para designar al conjunto de ciudadanos que constituían la ciudad. La ciudad inicial fue levantada en el *pomoerium palatino*, y Rómulo quedó como único soberano. “Creó el senado, compuesto por cien miembros (*patres*) cuyos descendientes fueron llamados patricios y dividió la población en 30 curias. La naciente ciudad-estado era gobernada por un rey (*rex*) elegido por un consejo (*senatus*)” (Acuña, 2011).

Es importante resaltar que los griegos pensaban la vida política en términos filosóficos, políticos y morales, mientras que los romanos lo hacían en términos jurídicos. En este sentido, uno de los legados más importantes que realizaron los romanos fue la herencia el **ius civile**, que es el derecho positivo, producto de la ciudad; el **ius gentium** que es el derecho común a todos los pueblos y el **ius natural**. Roma tiene la particularidad de basar sus principios en el derecho y en las instituciones jurídicas.

Estado absolutista

Según Aponte (2003) el absolutismo fue un tipo de gobierno monárquico, que centraba todo el poder en el rey. Se basaba principalmente en que el rey tenía linaje divino y su poder era la representación terrenal de la voluntad divina y por ende indiscutible.

Las principales características del absolutismo son:

- Las figuras del congreso, senado y soberanía dejaron de existir.
- Los nobles no tenían influencia alguna sobre las decisiones del rey, y la iglesia igualmente se encontraba sometida al rey y sus decretos.
- El pueblo sólo cumplía funciones de tipo feudal, al igual que los nobles y funcionarios.
- El Estado arma poderosos ejércitos y flotas mercantes para expandir sus dominios a través de las guerras de conquista y se sostiene mediante impuestos, contribuciones y ganancias de las guerras.

Estado de Derecho: concepto, elementos y alcance

El término «Estado de Derecho» se le atribuye a la doctrina alemana *Rechtsstaat*, que basan su principio de organización política en las leyes sobre una base constitucional y las autoridades se someten a la ley.

El primero que utilizó la expresión (*Rechtstaat*) fue el jurista y político alemán Robert von Mohl en su libro *La ciencia de policía alemana en conformidad con los principios de los Estados de derecho*. El concepto de *Estado de Derecho* es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del *poder* y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del *poder*.

Con el Estado de derecho se pretende lograr el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano, la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carác-

ter como “ente común (*res publica*). Para García-Pelayo (1977) la idea del Estado de Derecho tiene sentido desde el punto de vista jurídico y político, en tanto que representa la funcionalidad del sistema estatal, e introduce en ese sistema la normalización, la racionalidad y, por ende, la disminución de factores de incertidumbre.

Los teóricos del Estado de Derecho, pretenden lograr un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, basada en el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos (Abendroth, 1986).

Para Heinz Mohnhaupt, citado por Villar, plantea que “ese Estado de derecho constituye el único medio que permite lograr una expansión de la personalidad individual y su promoción”. Con esta idea se trata de lograr importantes derechos para los ciudadanos que corresponden a la idea de participación en la vida del Estado y de seguridad en la esfera de libertad.

Estado social de derecho: precisiones, concepto, características, efectos, crisis

El creador del concepto de Estado social de derecho es el jurista alemán Hermann Heller (1891-1933), quien plantea la propuesta como alternativa entre Estado de derecho y dictadura.

Heller parte del supuesto de que el Estado de derecho no puede garantizar el principio de igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho se propone para favorecer la igualdad social real.

El Estado social de derecho tiene por objetivo proteger derechos tales como: empleo, la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc. Su aplicación abarca aspectos amplios para proteger a las personas, comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura.

Estado regulador

El Estado regulador desempeña principalmente actividades reguladoras relacionadas con los bienes, recursos, servicios e intereses de la sociedad. Para ello diseña, dota de sanciones, adopta y aplica reglas de conducta dirigidas a los consocios.

Generalmente éstas se referirán a ámbitos de actividades en los que se establecen las condiciones de posibilidad y funcionamiento eficiente. El Estado regulador también se hace responsable de evaluar la eficacia de sus propias medidas, además de prevenir los eventuales efectos indeseables de dichas medidas sobre otras esferas asociadas.

Configuración de los Estado a partir de su estructura de poder

Régimen presidencial, elementos caracterizadores

Modelos de casos

Estados Unidos

El sistema de gobierno de Estados Unidos, desde sus inicios en 1776 se considera un modelo efectivo, que ha sabido adaptarse y conseguir un cierto equilibrio interno de poderes, hasta la actualidad. Pero es necesario realizar una precisión sobre este modelo de gobierno, ya que para los teóricos, tiene más las características de una república federal constitucional que de una democracia.

Significa que al lado del gobierno nacional existen los gobiernos de los 50 estados, y que se basan en una Constitución que es la ley suprema de la nación. La Constitución es el marco que define la estructura del gobierno federal, los gobiernos estatales, e impone límites significativos a los poderes de todos ellos.

El Presidente es jefe de gobierno y jefe de estado, es elegido por separado, no junto con la legislatura, y puede ser miembro o no del partido político de la mayoría. Según lo establece la Constitución, quienes conforman el gabinete presidencial no pueden hacer parte al mismo tiempo del Congreso.

Estados Unidos es ante todo un sistema de dos partidos, que busca con ello establecer líneas políticas definidas en su sistema de distritos y elegir un solo miembro como representante.

El sistema jurídico se basa en primer término en el derecho consuetudinario inglés, por lo que en los juicios penales, el acusado tiene derecho a ser juzgado en público por un jurado y a ser defendido por un abogado. Un factor importante en la rama judicial es que la Corte Suprema de la nación tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con lo cual éstas son anuladas.

Experiencia en América Latina

En América Latina se crearon Estados muy centralizados y con limitada autonomía, aún en países con organización federal como: Argentina, Brasil, México, y Venezuela. Lo cual le brindó mayores atribuciones a la rama ejecutiva, por lo que los presidentes Latinoamericanos poseen atribuciones legislativas.

Para el teórico Serrafiero (1998) se pueden resaltar las siguientes características:

- a. Poseen iniciativa exclusiva de Ley en determinadas materias.
- b. Tienen iniciativa de Ley, que les permite orientar al trabajo legislativo de acuerdo a las prioridades y objetivos del poder ejecutivo.
- c. Tienen poder de convocatoria a legislatura extraordinaria.

- d. Pueden participar en los debates parlamentarios a través de los ministros.
- e. Pueden imponer el veto parcial a las Leyes (en EE.UU. el presidente solo puede vetar totalmente las leyes).
- f. Les han delegado facultades legislativas (decretos de necesidad y urgencia, reglamentación de las leyes, etc.).
- g. Poderes extraordinarios para legislar en caso de Estado de sitio.

En términos generales, puede afirmarse que la Constitución estadounidense influyó en América Latina en la parte orgánica, y la Constitución de Cádiz en la dogmática y en algunos aspectos precisos como la noción de soberanía nacional, de origen francés; la incorporación de garantías; el sistema de reformas constitucionales; el régimen electoral indirecto de varios grados; el monopolio de la religión católica, entre otros.

Régimen parlamentario: elementos caracterizadores. Clasificación: parlamentarismo perfecto e imperfecto

Es un mecanismo en el que la elección del gobierno (poder ejecutivo) emana del parlamento (poder legislativo) y es responsable políticamente ante éste, bajo el principio de confianza política, con lo cual se busca una mayor cercanía entre el poder legislativo y el ejecutivo.

Según Pedro Planas en su libro “Derecho Parlamentario” el parlamentarismo perfecto hace alusión a las competencias privativas de las cámaras, en la que ambas tienen exactamente las mismas potestades. Y por bicameralismo imperfecto con preponderancia de una cámara, aquí las cámaras tienen funciones comunes, combinadas con atribuciones exclusivas o privativas de una de ellas, lo cual no determina su preponderancia general respecto de la otra, sino una simplemente subdivisión de tareas, que limita la preponderancia a la atribución encomendada.

Modelo de casos

El sistema parlamentario de Francia

El parlamento francés es bicameral. Lo componen la Asamblea Nacional y el Senado. La Asamblea Nacional es elegida por sufragio universal, la integran 487 diputados y tiene poderes más extensos que el Senado, por el hecho de ser la cámara de origen popular (Bufalá, 2008).

Las principales funciones de la Asamblea Nacional son:

- a. De orden legislativo: tiene la iniciativa en la formación de las leyes, pudiendo en ciertos casos delegarla al ejecutivo.
- b. En materia financiera, le corresponde examinar y votar el presupuesto nacional y las leyes de finanzas.
- c. En materia política, controla la acción del gobierno a través de los debates y mediante la aplicación de la responsabilidad ministerial.

d. En materia diplomática, le corresponde autorizar la ratificación de los tratados internacionales y la declaratoria de guerra. Tiene, además, funciones en materia judicial y en materia constitucional, como es su participación en el ejercicio del poder de revisión de la Constitución.

El sistema parlamentario de la República Federal de Alemania

La República Federal de Alemania surgió con la proclamación de la Ley Fundamental el 23 de mayo de 1949, en Bonn, cuatro años después de haber finalizado la Segunda Guerra Mundial.

A la cabeza del poder legislativo hay dos cámaras: el Bundestag y el Bundesrat. Según Juan Carlos Monedero, en su texto el Sistema Político de la República Federal de Alemania, el Bundestag es la cámara de origen popular que representa políticamente al pueblo alemán. En la actualidad se compone de 518 diputados elegidos por sufragio universal para períodos de cuatro años. Cumple cuatro funciones principales: es el órgano legislativo propiamente dicho, elige al canciller federal, controla al gobierno y construye la representación política de la Nación.

Mientras que el Bundesrat representa a los Länder, que, de acuerdo con la Constitución, colaboran en la legislación y administración de la federación. La mayor parte de las leyes dependen del consenso del Bundesrat. Son frecuentes las mociones de enmienda de la representación de los Länder. En caso de divergencia entre ambas cámaras, interviene una Comisión de Arbitraje integrada por representantes de las dos.

Sistema Parlamentario de Italia

El parlamento italiano también es bicameral. Está compuesto por el Senado y la Cámara de Diputados. Tiene la particularidad de que ambas cámaras son elegidas por sufragio universal y que sus poderes son prácticamente los mismos inclusive en lo referente al control político del gobierno. Ello hace que el proceso de elaboración de las leyes sea complejo y a menudo lento.

A esto se añade el hecho de que Italia tiene una estructura política multipartidista, que obliga a la formación permanente de coaliciones para sostener el gobierno de turno. Sin embargo, en medio de la multiplicidad de partidos, existen dos de mayor fuerza en el electorado, que junto con los recientes fenómenos de corrupción han creado frecuentes periodos de inestabilidad institucional.

Sistema parlamentario de España

El parlamento español también es bicameral: está formado por el Congreso de los Diputados, con 350 diputados elegidos por sufragio universal, y por el Senado, compuesto por 248 senadores, de los cuales 41 son designados por el rey y el resto es elegido por sufragio universal. A las cortes corresponde fundamentalmente la función legislativa, como corresponde a una democracia representativa. El gobierno es responsable políticamente ante el Congreso de los diputados.

Sistema parlamentario de Inglaterra

Inglaterra es la cuna del parlamentarismo en el sentido moderno del término, siendo la institución legislativa suprema en el Reino Unido. A la cabeza está el soberano, es bicameral: incluye una cámara alta, llamada la Cámara de los Lores, y una Cámara baja, llamada Cámara de los Comunes.

El Gobierno o Gabinete mantiene en su origen la condición de Consejo Privado del monarca de carácter consultivo, si bien en la práctica cumple la función ejecutiva y la dirección administrativa. Está dirigido por un Primer Ministro nombrado por el monarca que debe contar con el apoyo de la mayoría de la Cámara de los Comunes y un número variable de ministros elegidos por el monarca anterior.

El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo (PE) reúne a los representantes de los 500 millones de ciudadanos de la Unión Europea, quienes han sido elegidos mediante sufragio universal directo desde 1979. El Tratado de Lisboa fija en 751 el número total de escaños del PE. El número de diputados que representan a cada país lo decide el Consejo por unanimidad y a propuesta del PE. En la actualidad ningún Estado puede tener menos de 6 diputados ni más de 96.

Las principales funciones del Parlamento Europeo son:

- Poder legislativo: comparte el poder legislativo con el Consejo de Ministros a través del procedimiento legislativo ordinario.
- Poder presupuestario: comparte el poder presupuestario con el Consejo ya que vota el presupuesto anual, le confiere carácter ejecutorio con la firma del Presidente de la cámara y controla su ejecución.
- Control político de las instituciones europeas y, en particular, de la Comisión. El Parlamento puede aprobar o rechazar el nombramiento de los miembros de la Comisión y tiene poder para destituir a la Comisión en su conjunto mediante una moción de censura.

Como se organiza y se distribuye el poder dentro del territorio del Estado

El derecho público de inspiración liberal, ha establecido dos técnicas jurídicas para diseñar la estructura interna de los distintos Estados, dependiendo de la forma como se distribuye el poder. Si se presenta concentrado, cuyo único titular es el Estado central, será un Estado simple o unitario; y si se presenta repartido en varios centros de poder, se tratará de un Estado compuesto.

A partir de tres formas:

- **Estado simple o unitario:** el profesor Vladimiro Naranjo Mesa lo define como aquel que posee un solo centro de impulsión política y administrativa, es decir, el poder emana de un titular único: El Estado. De suerte, que toda la población se someta a una sola autoridad, al imperio de una misma constitución y de unas mismas leyes (Naranjo; 1987).

- **Estado unitario centralizado:** la expedición de las normas jurídicas y su ejecución dependen de los órganos centrales (Velásquez; pág. 87). Aunque para desarrollar las políticas gubernamentales en la totalidad de su territorio se adoptó la técnica administrativa denominada desconcentración; a través de la cual, se asignan funciones y responsabilidades a una serie de autoridades locales, bajo la dirección y el control del nivel central.
- **Estado unitario descentralizado:** funciona bajo el principio de “centralización política y descentralización administrativa”, con el fin de hacer más efectiva su gestión, y dar prioridad a temas que son de interés nacional, y otros que son de interés territorial.
- **Estado federal:** es un sistema de integración, en el que varios Estados – autónomos e independientes – deciden unirse, con el fin de defender sus intereses, dando lugar a una organización más poderosa y estructurada.
- Es el típico caso norteamericano, donde la unidad fue utilizada para fortalecer el proceso de independencia de la corona inglesa, con organización federalista. Recordemos que la federación, es la unión de varios Estados, por virtud de la cual, sus miembros se someten a un poder central único, reservándose una buena dosis de autonomía para el ejercicio de funciones administrativas y políticas.

El Estado supranacional: La Unión Europea

Es un sistema político en el cual determinados Estados ceden parte de sus atribuciones de gobierno (en mayor o menor medida) a organismos internacionales, con el objetivo de viabilizar los procesos de globalización neoliberal y la internacionalización de la economía, la liberalización de barreras comerciales, la implantación de sistemas monetarios supranacionales, etc., aunque también tiene otros objetivos, como es la regulación de las transacciones internacionales y la preservación de los derechos humanos, el medio ambiente y otros objetivos similares.

La ideología política del Estado

Estados democráticos. Concepto. Elementos caracterizadores

Es aquel que posibilita la participación de la población en la **toma de decisiones**, y en la fijación de límites a quienes ejercen el poder. Define también, el acceso al gobierno y el empleo de las facultades a cargo de las autoridades de la administración pública.

Su función está sustentada sobre la realización periódica de elecciones y el establecimiento de una Constitución de la cual se desprenden todas las leyes, además en garantizar los derechos fundamentales y colectivos, y en promover el desarrollo económico, cultural y social, la paz y el bienestar de todos los miembros de la sociedad.

Estados autoritarios

Concepto

Este tipo de regímenes son los que comúnmente se denominan dictaduras de derecha, por representar el extremo opuesto a las dictaduras socialistas-marxista, o de izquierda, con las cuales no dejan de tener algunos elementos en común.

Son regímenes autoritarios que operan dentro del contexto social y económico del capitalismo o seudocapitalismo. Se les llama también regímenes autocráticos de tipo tradicionalista –o ultraconservadores- porque entre sus finalidades principales figura la de conservar el orden social y económico existente en un Estado determinado.

Este tipo de regímenes presenta variados matices que van desde las más sangrientas y despóticas tiranías militares, hasta regímenes civiles de corte autoritario, pasando por las monarquías absolutas que aún subsisten en algunos países de Asia y del Medio Oriente. No obstante, todos ellos presentan características similares, más o menos acentuadas según el rigor con el cual se ejerza en ellos el poder.

Elementos caracterizadores:

- a. Buscan mantener el orden social y económico establecido.
- b. Se apoyan en la fuerza de las armas.
- c. Las libertades públicas son restringidas o abolidas.
- d. El ejecutivo absorbe y controla a las demás ramas del poder.
- e. Son de tendencia caudillista.
- f. Se oponen al pluralismo político.
- g. En el plano ideológico se identifican con las ideas y métodos del fascismo.

Tipologías: dictaduras latinoamericanas

Casi desde el inicio mismo de su vida independiente, la mayoría de los países latinoamericanos ha tenido que soportar este tipo de regímenes, que en no pocos casos han revestido la forma de verdaderos totalitarismos.

Características de las dictaduras militares

Los regímenes militares que han imperado y que imperan en los países latinoamericanos, aunque modalidades diversas, según la época y según la situación social y económica del medio en el que rigen, tienen características que le son comunes, las más relevantes son:

- Surgen por acción directa – golpe de Estado- o indirecta – imposición- de las fuerzas armadas.

- Utilizan como pretexto para asumir el poder la inestabilidad política, económica o social del respectivo país. Para ello suelen acusar a los gobiernos constitucionales de “incapacidad” para afrontar y dar solución a los problemas que plantea el subdesarrollo.
- Coartan la libertad de expresión, y al efecto aplican una rígida censura de prensa.
- Los cuerpos de representación son suprimidos. Una de las primeras medidas que adoptan estos regímenes es la de impedir el funcionamiento de los cuerpos de elección –Parlamentos, asambleas regionales y locales-.

Los casos de Trujillo en Santo Domingo, Somoza en Nicaragua, Perón en la Argentina, Stroessner en Paraguay, y aun el de Rojas Pinilla en Colombia, son ejemplo a este respecto. No tienen una ideología política definida. El marco ideológico que inspira su acción es típicamente populista. Buscan obtener el apoyo del pueblo sobre la base de grandes obras públicas, muchas de ellas suntuarias, y de medidas de carácter demagógico. Condenan y persiguen las ideologías de izquierda.

Otros son:

- **El fascismo italiano:** Benito Mussolini a través del Partido Nacional Fascista, dio un golpe de Estado en 1922, apoyándose en el miedo de las clases medias a una revolución comunista. Abolió los partidos y sindicatos, suprimió cualquier libertad política, y se proclamó el Duce.
- **El nazismo alemán:** la llegada al poder de Hitler en 1933, condujo a la implantación de un **Estado totalitario** basado en una **dictadura personal**. Las repercusiones a nivel internacional fueron enormes, Alemania emprendió una política de **rearme** en una estrategia agresiva y expansionista que condujo a la **Segunda Guerra Mundial**.
- **Franquismo español:** hechos como la Guerra Civil, y la aguda crisis económica dieron nacimiento al Franquismo que optó por la autarquía, es decir, la autosuficiencia económica de España (limitación de las importaciones, producción nacional de todo lo necesario). En parte se debió a un hecho voluntario y en parte condicionados por las circunstancias (la Segunda Guerra Mundial y el bloqueo diplomático y económico que sufrió España en los años 40).

3

Unidad 3

Teoría de la
constitución



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

La palabra constitución tiene sus orígenes desde la antigua Grecia, quienes realizaron importantes aportes en la configuración de la sociedad política. El término ha evolucionado desde entonces, nutriéndose de aportes de la civilización romana, durante la edad media, y sin duda, con la modernidad, época en la cual se da origen al moderno estudio del derecho constitucional.

Se puede afirmar que los aportes de Francia al constitucionalismo y al derecho público moderno, se proyectan sobre todo en el campo intelectual e ideológico. Su interés y contribución se orientó en racionalizar y sistematizar el ordenamiento político del Estado, sustentado en la división de poderes, y en el espíritu de las leyes.

Un factor importante al cual se dedica gran atención en el siguiente compendio teórico, tiene relación con la definición de Constitución, por ser la ley fundamental de un Estado soberano, establecida y aceptada para su guía, en sentido lógico – jurídico y en sentido jurídico – positivo. Por lo que se explicaran los diferentes tipos de constitución, su relación con el poder constituyente, y con la soberanía popular.

La importancia de la teoría constitucional, radica en su finalidad, ya que la Constitución es un conjunto de reglas que son relativas al gobernó y a la vida en la comunidad estatal.

Por ser el segundo núcleo de conocimiento del módulo se recomienda retomar algunas de las metodologías y técnicas del comienzo de curso, para fortalecer los procesos de comprensión y memorización de conceptos.

Entre las recomendaciones para este punto, están:

Superar el posible cansancio producto del esfuerzo, con ejercicios mentales de motivación y canalización de la energía, tanto físico como mental.

Fortalecer la capacidad que tiene el estudiante de asumir la responsabilidad de la planificación y dirección del curso de aprendizaje, preparando las actividades finales con el mismo grado de interés que al inicio.

Hacer uso de las lecturas complementarias, videos, grupos de debate y correo electrónico, para difundir y recibir información que permita ampliar los conocimientos del curso.

Teoría de la constitución

Concepto: Evolución histórica. Tipos de Constitución

El término constitución, en su sentido más específico, debe ser ubicado dentro del recinto de lo político, con particular referencia a la Constitución del Estado, entendida como la máxima ley, la ley fundamental y la de mayor jerarquía. En ella se establecen los derechos y obligaciones de los ciudadanos, la estructura y organización del Estado y bajo sus lineamientos se aprueban las demás normas que rigen la vida del país.

Sobre los alcances del término Constitución Política se han formulado diversos conceptos que es útil, conocer, para comprender mejor el sentido de la expresión.

Diversos conceptos de Constitución

Para los griegos el equivalente de la palabra constitución del Estado era *politeia*, que representaba a “la unidad corporativa del total de los ciudadanos” o “la estructura socio jurídica que ordena en una entidad a la ciudadanía”, y que otorga el derecho del ciudadano a decidir en las cuestiones de la polis (Sampay, 1973).

Aristóteles habla de la constitución como del principio según el cual se ordena a la autoridad política y a los habitantes de la ciudad. Así, para Aristóteles, la Constitución tiene por objeto garantizar las magistraturas, la distribución de los poderes, los atributos de la soberanía, y la determinación del fin específico de cada asociación política.

En Roma Cicerón en su obra *De Re Pública*, emplea el vocablo latino *constitutio*, con el objeto de darle sentido a los órganos del poder público, y establecer los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado.

La alusión del concepto durante estos años, se refiere a la organización de los órganos del poder público dentro del Estado, es decir, a la estructura político-jurídica del mismo. Con la Revolución Francesa, se instaura una constitución que podría calificarse de ideológica, la cual defiende los derechos básicos fundamentales de los ciudadanos.

Un factor importante, que permite analizar el concepto, hace alusión a que tanto un Estado puede estar gobernado por un sistema absolutista o totalitario y tener su propia Constitución. Pero es con los Estados modernos de corte liberal que se introduce la noción de régimen constitucional, para generar un control limitado por la ley a los mecanismos del poder.

Esta distinción tiene un valor político, que permite diferenciar entre un Estado constitucional y un Estado dotado de Constitución, en la cual la Constitución tiende a imponerse como ley superior de Estado. Para Bidart Campos, no se puede hablar de Constitución del Estado – ni siquiera en el sentido de estar constituido- sin hacer referencia a la normatividad: “todo Estado tiene Constitucionalidad en cuanto esa ordenación y estructura son normativas, o sea revestidas de ejemplaridad, de pautas, de valor, de deber ser (Bidart Campos, 1968).

Constitución en sentido material y en sentido formal

La palabra Constitución, según el aspecto puramente normativo, tiene dos sentido: en el primer caso se habla de Constitución en sentido material; en el segundo se habla de Constitución en sentido formal.

Por Constitución en sentido material, puede entenderse, el conjunto de reglas relativas a la organización y a la actividad del Estado. Para Jeanneau, esta definición tiene una ventaja “es la de comprender el conjunto de la legalidad objetivamente constitucional, y un inconveniente, que es una imprecisión, porque la Constitución dentro de ese contexto, no comprendería sino las reglas fundamentales del Estado” (Jeanneau, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, como se cita en Naranjo, 2003).

Al hablar de reglas constitucionales, se determina la forma que ha de revestir el Estado, el sistema de gobierno que lo regirá, los órganos del poder público, su conformación y funciones principales y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

La Constitución en sentido formal, hace referencia a la reglamentación del funcionamiento de las instituciones, por lo que establece un procedimiento particular y la selección de una autoridad especial, para facilitar su determinación.

Para que el sentido formal y material, se apliquen y coincidan en la constitución, deben quedar consagradas en textos escritos las reglas fundamentales de la organización del Estado.

Pero esa coincidencia no es necesaria para todos los casos: puede no existir Constitución en sentido formal, como en Gran Bretaña, o por otra, puede suceder que la Constitución formal contenga reglas cuyo objeto no tenga nada constitucional, o, a la inversa, que reglas cuyo objeto es manifiestamente constitucional, no sean consagradas en la Constitución.

Variedad de Constitución

Como consecuencia de la distinción entre las Constituciones material y formal, esta puede adquirir modalidades diferentes, ya sea: rígida o flexible, escrita o consuetudinaria, originaria o derivada, programática o utilitaria, normativa o semántica.

Constitución rígida y Constitución flexible

La Constitución rígida, tiene relación con el hecho de que el Estado necesita de cierta estabilidad política para su funcionamiento, lo cual no podría lograrse si tuviera que variar constantemente.

Este tipo de Constitución, sólo puede ser modificada mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto. La regla indica tener una distinción entre el poder legislativo ordinario y el poder constituyente derivado o de revisión constitucional. La rigidez puede también provenir de una cláusula que prohíba una revisión de la Constitución por un período de tiempo determinado.

En Colombia la Constitución se sitúan dentro de la variedad de constituciones rígidas; en efecto, en su artículo 218 establece: "La Constitución solo podrá ser reformada por un acto legislativo primeramente debatido y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria, por esta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara".

Se denomina constitución flexible, ya que puede ser modificada al igual que se realiza la reforma de las leyes ordinarias. Se sustenta en el hecho de que la Constitución no puede ser pensada como un esquema de normas producto de la sola razón, sino que deben tener vigencia en la existencia material de la sociedad.

En Gran Bretaña la Constitución presenta este tipo de característica, por cuanto puede ser modificada por el Parlamento o través de una ley ordinaria, o por los jueces a través de una nueva jurisprudencia, o por el establecimiento de costumbres contrarias a la regla.

Cabe anotar que en la actualidad son rígidas casi todas las Constituciones escritas vigentes en el mundo, siendo flexibles muy contadas excepciones.

Constitución escrita y constitución consuetudinaria

La Constitución escrita es aquella en la cual las reglas relativas a la organización del Estado están contenidas en un texto o documento, que se considera como ley fundamental.

Pero no es tanto la escritura lo que caracteriza a la Constitución escrita, como la circunstancia de estar escrita en un cuerpo único, en un documento escrito unitario, como dice Heller (1998). La forma escrita al aportar precisión y fijeza a la ley constitucional, contribuye a potenciar la idea de supremacía que políticamente corresponde a una Constitución (Díaz, 2001).

La primera Constitución escrita de los tiempos modernos fue de las trece colonias de América del Norte de 1776, a la cual siguieron la de la Confederación, en 1781, y la de la Federación de los Estados Unidos, en 1787. En Francia la primera Constitución escrita fue la de 1791; de ahí en adelante todos los regímenes políticos franceses serán regidos por constituciones escritas. En Colombia la primera Constitución escrita fue la de Cundinamarca de 1811.

Por otra parte, se entiende por Constitución consuetudinaria cuando los principios de organización del Estado son el resultado de prácticas o de tradiciones consagradas por el uso a lo largo de los años, a las cuales se otorga fuerza jurídica. Esta modalidad de Constitución es anterior a las constituciones escritas.

Pero el hecho, de que exista una Constitución consuetudinaria no implica que no exista un documento escrito que consagre los principios esenciales para la organización del Estado. Es el caso de Gran Bretaña, donde el sistema jurídico-constitucional es de carácter consuetudinario, pero los documentos escritos han servido para trazar lineamientos esenciales en la organización del Estado.

Constitución originaria y Constitución derivada

En su libro *Teoría de la Constitución*, Loewenstein (1986) establece que existen muchos tipos de constituciones, hace alusión a estos dos: originaria y derivada.

Por Constitución originaria se entiende aquella que contiene principios nuevos, verdaderamente originales, para la organización política. Su valor radica en que crea pautas y formas jurídicas de organización y principios filosóficos para la vida estatal. Las Constituciones soviéticas de 1918 y 1923 pueden clasificarse dentro del esquema de las originarias.

Otros tipos de Constituciones originarias han sido las leyes fundamentales inglesas que establecieron el sistema de gobierno parlamentario, la francesa de 1793 que estableció el régimen de asamblea, las constituciones napoleónicas que introdujeron el cesarismo plebiscitario, la Carta Otorgada francesa de 1814 y la belga de 1831 que reconcilió el principio monárquico con la soberanía popular.

La Constitución derivada, en cambio, es aquella que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales. En este sentido, se estima que las Constituciones de los países hispanoamericanos promulgadas después de su independencia de España fueron básicamente copiadas, o al menos inspiradas, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Constitución programática y constitución utilitaria

Esta clasificación se basa en el contenido ideológico de las constituciones. Así, la Constitución programática es aquella en la cual el aspecto ideológico o filosófico es preponderante en su estructura; por el contrario, en la constitución utilitaria el énfasis recae en la organización mecánica del funcionamiento del poder en el Estado.

Las Constituciones demoliberales de la época contemporánea presentan características de ambos tipos de Constitución, contienen reglas relativas a la organización del poder y por otra contienen principios ideológicos y programáticos. Tal es el caso de la Constitución colombiana, al igual que el de casi todas las de los países latinoamericanos.

Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica

Teniendo en cuenta la clasificación hecha por el profesor Loewenstein a nivel “ontológico”, de las Constituciones, ellas se pueden diferenciar según su carácter normativo, nominal y semántico.

Desde su perspectiva, puede decirse que una Constitución normativa es aquella en la cual sus normas dominan todo el proceso político y este debe estar adaptado a las normas constitucionales. Se asume con ello, que la Constitución debe ser acatada lealmente por todos los interesados y ésta plenamente integrada en la sociedad estatal.

Mientras que la constitución nominal, es aquella en la que la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, dando existencia a una incorcordancia entre las normas constitucionales y las prácticas del ejercicio del poder.

Finalmente, la constitución semántica (También llamada pseudoconstitución), es aquella que es aplicada con el objetivo de enmascarar los intereses de determinados grupos sociales y económicos.

El poder constituyente

El poder constituyente es, en términos generales, el poder creador del Estado. Es el que se manifiesta en el momento mismo de constituir el Estado.

De acuerdo a la definición de Linares Quintana, “es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico-político fundamentalmente originario por medio de una Constitución, y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario” (Linares Quintana, 1979).

Para Sábica el poder constituyente es “aquella energía que dispone autónoma y realmente de capacidad de decisión y normación para organizar un Estado (Sábica, 1999).

En el pensamiento de Xifra Heras, es la más genuina expresión de la actividad política, y se manifiesta en las decisiones fundamentales aptas para crear e imponer originariamente un orden jurídico nuevo.

Siguiendo a Heras, se puede concluir que es una actividad política pura, creadora, innovadora, original, excepcional, que plasma en el derecho una concepción del Estado.

Teorías sobre el poder constituyente

Sobre la naturaleza y esencia del poder constituyente se han expuesto diversas teorías, se expondrán algunas siguiendo el enfoque que de ellas hace el profesor José Reinaldo Vanossi en su Teoría constitucional.

Teoría racional –ideal de Emmanuel Sieyès

La idea original sobre el poder constituyente fue hecha durante la Revolución Francesa por el abate Emmanuel Sieyès, en su obra más difundida *¿Qué es el tercer Estado?*, en donde desarrolla la línea del pensamiento de Locke y Montesquieu y complementa las tesis de Rousseau.

Para Sieyès, la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es fundamental: Dice él: “la nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no puedan emanar sino de su voluntad, vemos en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos”.

Se deriva así, que la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente, del cual se deriva el fundamento de las leyes, nacidas de la voluntad de la nación antes que de la Constitución.

Teoría fundacional – revolucionario de Maurice Hauriou

El profesor Maurice Hausiou, expone su pensamiento sobre el tema del poder constituyente, en su libro *Derecho público y constitucional*.

Hauriou parte de la afirmación de una “superlegalidad constitucional” que abarca algo más que la Constitución escrita, e incluye todos los principios fundamentales del régimen: “Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita”.

Para Hauriou, los rasgos o características del poder constituyente son: i) una especie de legalidad y que las constituciones escritas son leyes constitucionales; ii) el poder constituyente pertenece a la nación que la ejercen por medio de representantes; iii) hay una diferencia entre el poder constituyente y el legislativo –poder constituido.

Teoría normativista de Hans Kelsen

Hans Kelsen, propone en su *Teoría general del Estado*, que el poder constituyente no puede derivar de la esencia del derecho o de la Constitución. Para él, la existencia del poder constituyente es una dificultad, un obstáculo a las normas que fundamentan el derecho positivo.

Kelsen habla de la “norma fundamental” como origen lógico de la Constitución del cual se establece la autoridad constituyente; en cambio el contenido de la Constitución proviene del acto de la voluntad empírica de la autoridad constituyente.

Kelsen reconoce que es puro derecho natural justificar el planteamiento de la reforma ante una asamblea constituyente elegida al caso, o directamente ante el pueblo, afirmando que solo al pueblo compete la enmienda constitucional, porque es él que constituye la fuente última de todos los derechos (Linares Quintana; 1953, pág. 117).

Desde esta perspectiva, no existe un poder constituyente, ya que todo Estado, por el hecho de serlo, es un Estado de derecho. Para Linares Quintana, aceptarla implicaría socavar las bases del constitucionalismo, y con él todo el edificio del derecho constitucional.

Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt

Para Carl Schmitt la Constitución, surge mediante un acto del poder constituyente. El cual entiende como “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (Vanossi, pág. 52).

De ahí que su tendencia, denominada el “decisionismo”, no separa lo político de lo jurídico, y le otorga un atributo fundamental al momento de la decisión considerándolo como el momento político de todo derecho. Así, para Schmitt lo que existe políticamente es jurídicamente fundamental, siendo el quehacer político esencialmente la toma de decisiones.

De allí que para él un sistema constitucional debe fundamentarse en la posibilidad de “decidir”, las cuestiones más valiosas de la organización política de un Estado, y en establecer los procedimientos para que las instituciones tomen esas decisiones.

Características del poder constituyente

Según Sánchez Agesta (1970) las características del poder constituyente son: originario, indivisible, permanente, eficaz.

- a. Un poder originario, por encima de él no existe ningún otro poder político: es la autoridad suprema, incondicionada, libre de todo formalismo, fundada en sí misma y omnipotente en el poder constitucional.
- b. Es indivisible, ya que como sostiene Schmitt no se halla coordinada a los otros poderes divididos –legislativo, ejecutivo, jurisdiccional-, sino que sirve de fundamento previo a todos los poderes constituídos; las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente.
- c. Es permanente e inalienable, puesto que su ejercicio, así sea esporádico, lo exterioriza y evidencia su potencia; subsiste siempre por encima del orden que engendra.
- d. Es eficaz, por cuanto el poder constituyente está dotado de una fuerza histórica efectiva, apta para lograr los fines que se propone.

Bidart Campos advierte que el poder constituyente es originario, creador, fundamental, cuando se ejercita para asentar al Estado como individualidad jurídico-política.

Poder constituyente originario y poder constituyente derivado

El poder constituyente es originario, cuando el nuevo orden jurídico nace sin sustento de normas positivas anteriores, es decir, por primera vez. Sucede cuando se forma un nuevo Estado, y crea su propia Constitución, o como consecuencia de la ruptura del orden jurídico anterior.

A la etapa primigenia, de constitución del Estado, se denomina constituyente. A la subsiguiente al acto de constituir al Estado, se denomina derivado. En este último caso, es cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor. Su funcionamiento está previsto en disposiciones de la Constitución anterior, la cual dispone procedimientos especiales para su revisión o reforma.

El poder constituyente derivado basa su fundamentación en la legalidad, o sea la sujeción al derecho establecido, del cual deriva su eficacia. Su implementación está aprobada, ya que parte de los procedimientos que para tal efecto han sido establecidos por la Constitución.

El titular el poder constituyente

El poder constituyente tiene, las características de ser un poder originario o primario, incondicional y soberano, de lo cual resulta que este poder pertenece en su conjunto a la comunidad soberana; más exactamente, como dice Burdeau, al grupo o individuo en el cual se encarna, en un momento dado, la idea de derecho en una comunidad.

El pueblo como titular del poder constituyente

Dentro de la concepción democrática occidental, el titular del poder constituyente originario o primario es el pueblo soberano al cual le corresponde su ejercicio de una manera plena, indivisible, permanente, inalienable, indelegable e imprescriptible (Xifra Heras; pág. 153.). Esta titularidad está por encima de la Constitución a que ha dado origen.

Sin embargo, explica Xifra Heras, no siempre fue concebido de esta manera, en la antigüedad, en la Edad Media y en buena parte de los tiempos modernos, por influencia de los pensadores y humanistas religiosos, era general la creencia de que Dios era el único titular del poder constituyente.

Será el abate Sieyès quien, durante la Revolución Francesa completa la teoría de Rousseau acerca del pueblo o de la Nación como sujetos del poder constituyente; sostiene que la Nación posee derecho originario y exclusivo a elaborar su propia Constitución Política.

La adopción del principio de la soberanía nacional por la revolución, así como la Declaración americana de independencia, son el comienzo de una nueva era en el campo del derecho público. A partir de entonces, el principio de que el pueblo es el titular del poder constituyente será generalmente aceptado por la doctrina clásica, como uno de los pilares institucionales de la democracia representativa.

El individuo como titular del poder constituyente

Para Burdeau la titularidad del poder constituyente puede estar en cabeza de un individuo, quien asume desde su pensamiento la idea de derecho, y queda investido de una facultad especial para abordar los problemas del pueblo, y sus necesidades en materia legal.

Es el caso del líder, quien dirige el proyecto de una nueva Constitución al pueblo, y su acción se valida y legitima “porque procediendo de la idea de derecho que viene a triunfar, son ellos quienes constituyen el nuevo régimen político de acuerdo con la concepción del orden social del cual su victoria tiene precisamente por objeto permitir el establecimiento” (Burdeau; 1997).

Para Bidart Campos, el origen de las ideas jurídicas con contenido constitucional, es producto del poder constituyente, y su origen siempre proviene de un individuo o varios, quien se erige en titular o detentador del mismo poder (Bidart Campos, pág. 172).

Poder constituyente y soberanía

Para Sánchez Viamonte, la soberanía a la cual aluden Suárez, Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Sieyes y Kant, y que tiene su fundamentación en la manifestación de la ley, se convierte en el poder constituyente, porque la ley a que ellos se refieren no es sino la Constitución (Sánchez Viamonte; pág. 268).

Por su parte Bidart Campos, explica que “el poder constituyente se ejercita para establecer un orden constitucional, o para modificarlo”, mientras que la soberanía debe entenderse como una cualidad del Estado, que consiste en no derivar la validez de su ordenamiento jurídico de otra instancia superior.

Así, cuando se ejercita el poder constituyente originario, aun no existe un Estado, por lo que se va a fundamentar jurídica y políticamente. Mientras que al hablar del poder constituido que modifica la constitución, se realiza uso ordinario del poder.

De esta manera, al hablar de soberanía, solo puede hablarse hasta que el Estado se crea, por lo que es una cualidad del poder instituido, de ese poder que es expresión vital del Estado, su estructura, funciones y competencias.

3

Unidad 3

Estructura de la
Constitución: objeto
de la constitución.
Contenido de la
constitución



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

La constitución es el instrumento fundamental para limitar el ejercicio del poder, busca el equilibrio entre el individuo, la sociedad y el Estado, mediante una serie de libertades y derechos inviolables consagrados en el texto.

Para una mejor comprensión de la Carta Política se realizará la explicación de su estructura interna, conformada por una parte orgánica y otra dogmática. Con relación a la parte dogmática de la Constitución, se expondrán aspectos relacionados con los diferentes tipos de derechos que consagran los valores y postula los principios y fines estatales, y las libertades a proteger principalmente por el ordenamiento jurídico.

Por lo que se hará un énfasis especial con relación a los principios fundamentales que sustentan el orden constitucional, ya que ellos sirven de normas orientadoras para la interpretación y aplicación constitucional. Junto con los mecanismos de proyección de los mismos, ya que establece cuáles son los instrumentos con los que cuentan las personas para hacer valer sus derechos.

También se abordarán aspectos relacionados con la participación democrática, y la importancia de los partidos políticos como actores fundamentales en la democracia.

Lectura detallada del material de estudio, realización en orden del taller, precisión en datos y conceptos. Es necesario una participación activa que permita la apropiación tanto de conceptos como de opiniones argumentadas.

El aprendizaje colaborativo mediante la utilización de herramientas virtuales es especialmente útil como estrategia pedagógica, puesto que permite la interacción y posibilita el proceso de aprendizaje simultáneo y colaborativo.

Estructura de la Constitución: objeto de la constitución. Contenido de la constitución

Constitución dogmática

La constitución se puede dividir en dos: **Dogmática** en la que efectivamente se regulan los Derechos Fundamentales, y **Orgánica** en la que se regula y consagra la división de poderes.

La parte dogmática está constituida por el conjunto de principios y valores que orientan el ordenamiento jurídico. Los Derechos Fundamentales forman parte de esos principios porque son el a priori básico del Estado constitucional.

Los principios fundamentales

Se puede entender por principios a las normas que fundamentan la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico. Tales normas se orientan para regular el comportamiento presente, cuyo alcance es determinado por el legislador y los jueces, y no pueden desconocerse en ningún caso. Por lo que en todo momento debe buscarse su armonización y aplicación máxima. Por eso, se afirma que los principios son mandatos de optimización.

Aunque todos los principios se relacionan directamente con los derechos, los más pertinentes tienen relación con la definición del Estado, y los fines esenciales del Estado.

Los derechos consagrados en la constitución

Derechos de primera generación

Se denomina derechos de primera generación, a los derechos civiles y políticos consagrados con la revolución francesa. Su característica general se basa en las garantías individuales propias de las personas, tanto por su condición humana como por su condición de ciudadanos y pertenencia a cualquier Estado.

Estos derechos están actualmente reconocidos en todas las constituciones cuyo régimen tienen la forma de un Estado de Derecho.

No pueden ser concebidos como derechos individuales ya que para su garantía deben estar asociados a los derechos económicos, sociales y culturales, así como a los derechos de tercera generación, lo cual implica que son derechos colectivos y complementarios unos con otros.

Este grupo de derechos los componen los siguientes:

- El derecho a la vida.
- El derecho a la protección de la dignidad humana y de la honra.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.
- El derecho a no ser desaparecido.
- El derecho al debido proceso.
- Derecho a la igualdad y la no discriminación.
- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- El respeto a la intimidad y habeas data.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Libertad de conciencia, de creencia y de culto.
- La libertad de expresión y el derecho a la información.
- El derecho de petición.
- El derecho a la libre circulación por el territorio.
- Los derechos de reunión y de asociación.
- El derecho a la participación política.

Derechos de segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales

Son un grupo de derechos que propenden por garantizar condiciones necesarias para las personas y los pueblos dentro del ámbito económico y social, por lo que están dirigidos a satisfacer las necesidades de orden y progreso material y espiritual de las personas. Demandan asignación de recursos y creación de infraestructura de servicios por parte del Estado y de los particulares.

Son incorporados por los modelos de Estado social de derecho, después de la primera guerra, pero fundamentalmente una vez terminó la Segunda Guerra Mundial, con la intención de realizar un pacto sociopolítico entre Estado-empresarios-clases trabajadoras, que permitieran la pronta recuperación económica de los países devastados por la guerra, y la recuperación de la democracia raptada por los intereses totalitarios.

Dentro de estos derechos cobran particular importancia el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, el derecho a una educación básica, universal y gratuita; el derecho al descanso y a la recreación y el derecho a la seguridad social. Estos derechos tienen por ob-

jeto asegurar las condiciones mínimas que todo ser humano requiere para poder vivir una vida digna y apta para el disfrute pleno de sus capacidades y potencialidades.

Derechos de tercera generación

Los derechos de tercera generación tienen su fundamento en las necesidades e intereses del ser humano para preservar las condiciones que hagan sostenible la vida en el planeta.

La llamada “tercera generación” de derechos corresponde a lo que García-Pelayo denomina como el tránsito de la política social sectorial (el “Estado social de derecho”, en su funcionalidad protectora de los sectores y clases más débiles de la sociedad) a la política social generalizada (el “Estado social de derecho” como promotor del bienestar general de la sociedad).

En este grupo se incluyen los derechos colectivos, y la manera como la comunidad mediante el ejercicio del control social y la gestión pública, puede contribuir a su defensa, protección y promoción. Se encuentran el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado; el derecho a la utilización del espacio público y al disfrute del patrimonio cultural nacional y universal, los derechos de los consumidores a obtener los productos y mercancías en las condiciones de calidad, precio, durabilidad, el derecho a la protección del espacio público, el derecho al desarrollo, y el derecho a la paz.

Los mecanismos de protección de los derechos

Un aspecto de particular importancia en la doctrina constitucional contemporánea, es lograr que se cumplan los derechos estipulados en las cartas constitucionales.

Si bien, factores como la pobreza, las crisis económicas y la violencia, afectan tal realización, los juristas que se inscriben en la corriente del constitucionalismo democrático tienen una sincera preocupación por dar cabal cumplimiento a las proclamaciones de derechos estipuladas en los textos constitucionales.

Sin duda, la efectividad de tales derechos depende, en primer término, de las condiciones del Estado, ya que parte de la garantía depende de la capacidad de inversión social, pero también, de un proceso de educación cívica que haga cada vez más conscientes a los ciudadanos de los derechos que les corresponden y de los mecanismos legítimos –existentes en el respectivo ordenamiento jurídico- para hacerlos valer.

Como lo sostiene el jurista venezolano Brewer-Carías, “ésta es, sin duda, una característica del constitucionalismo democrático contemporáneo, en cuya base permanece con todo vigor la tajante afirmación del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... carece de Constitución”. (Brewer-Carías, 1993).

Para ello, existen las acciones procesales y diferentes recursos que se pueden ejercer con el fin de conseguir la defensa y realización de los derechos. También se pueden emplear la impugnación de los actos administrativos (ante una jurisdicción especializada o no, de

acuerdo con los distintos ordenamientos) y de las leyes (mediante las dos vías conocidas de acción y excepción). Además, en el derecho público latinoamericano existe un mecanismo completamente efectivo y rápido como lo es el recurso de amparo, o la acción de tutela, en el caso específico de Colombia.

El recurso de amparo es una creación del derecho público mexicano, consagrada en la Constitución de 1917, a la par de los llamados “derechos sociales”, anticipándose –en este punto– a la Constitución rusa de 1918 y a la de la República de Weimar de 1919.

El sistema mexicano establece distintos tipos de amparo.

1. Amparo tutelar de la libertad individual o hábeas corpus.
2. Amparo contencioso administrativo, para asegurar la legalidad de los actos de la administración.
3. Amparo-casación, contra la ilegalidad de los actos judiciales.
4. Amparo agrario, para garantizar la legalidad en estas materias.
5. Amparo contra leyes inconstitucionales y controversias constitucionales.

Además, de las medidas de orden político, institucional y organizativo, el Estado debe consagrar instituciones normativas, preferiblemente de naturaleza judicial, que posibiliten el acceso a la justicia social y a la protección efectiva de los derechos y libertades.

Por lo que además de los recursos y acciones dirigidos a proteger la legalidad en abstracto (acciones de nulidad y de inconstitucionalidad) hay otros de contenido contractual e indemnizatorio (acciones de grupo y de reparación directa) y otros más dirigidos a contrarrestar las amenazas y vulneraciones a los derechos individuales y colectivos fundamentales (acciones de tutela, hábeas corpus, cumplimiento y populares).

Participación democrática

La participación democrática es en realidad la participación política y se refiere a la participación del ciudadano en la toma de decisiones políticas en el país. Es así que se habla también de gobernabilidad democrática.

En los sistemas políticos democráticos, existen diversos mecanismos de participación democrática, estos mecanismos son los siguientes:

- **El voto o sufragio:** material de elegir a un gobernante y constituye un derecho y un deber del ciudadano.
- **El plebiscito:** viene de la antigua Roma y de la época de la República. El *plebiscitum* lo constituían las decisiones de la Asamblea del pueblo. Por esta razón, en la actualidad el plebiscito se refiere a la consulta de la opinión popular en cuanto a un hecho determinado de la vida política.

- **El referendun:** es el voto directo del pueblo para ratificar o rechazar una ley que ha sido aprobada por el órgano legislativo.
- **El cabildo abierto:** históricamente, se llamaron cabildos abiertos a la reunión de todos los habitantes de un municipio para constituirse en asambleas generales. Actualmente, es la reunión de los gobernantes de un municipio, con la mayoría de sus ciudadanos para generar proyectos de ayuda a la comunidad y de proyección social.
- **Iniciativa popular o legislativa:** es cuando se reúne un grupo de ciudadanos para solicitar al órgano legislativo la aprobación de un proyecto de ley o bien supeditarlo directamente a un referéndum. Para poder hacer esta petición, se debe reunir un buen número de firmas.
- **Revocación de mandato:** este es un derecho fundamental para asegurar que los gobernantes no se desvíen o vayan en contra de la voluntad del pueblo que los eligió y depositó su confianza en ellos.

Los partidos políticos. Concepto, organización y funcionamiento

Según Umberto Cerroni, un partido político es una “organización permanente de un agrupamiento humano, unido por una identidad de opiniones –podríamos aclarar, una identidad ideológica, acerca de la vida política y consagrado a conquistar el poder”.

Otro aspecto que caracterizan a los partidos es que son creados con el fin de contribuir de una forma democrática a la determinación de la política nacional y a la formación y orientación de la voluntad de los ciudadanos. También promueven la participación en las instituciones representativas mediante la formulación de programas, y de candidatos en las elecciones.

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, representan la voluntad popular, y son un instrumento fundamental para la participación política. Surgen del libre ejercicio de asociación, no pertenecen a ningún órgano del gobierno, por lo que su estructura interna y el funcionamiento debe de estar regido por principios democráticos, y el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre aceptación de sus estatutos.

Además de difundir y construir las bases ideológicas y políticas, los partidos cumplen otras funciones, como la formación de líderes y “cuadros” de la clase gobernante (la llamada “clase política”), para que sirvan de eslabón de unión entre la élite dominante y los gobernantes.

Antonio Gramsci, al respecto plantea, que los “partidos’ son hasta ahora el modo más adecuado de formar dirigentes y la capacidad de dirección del Estado” y agrega que “los partidos pueden presentarse bajo los nombres más diversos, con ello dando cabida al pluri y multi partidismo de las democracias”.

De esta manera, los partidos tienen derecho a obtener ayuda financiera del Estado, a utilizar los medios de comunicación públicos y a constituir coaliciones o agrupaciones electorales.

Como rasgos de los partidos, Echeverri Uruburu (2014) propone los siguientes:

- **Organización permanente y durable:** las expectativas de vida de la organización partidaria deben superar a las de sus fundadores, dirigentes, adherentes, militantes y “clientes”.
- **Organización completa hasta el nivel local:** esto diferencia al partido como tal de grupo parlamentario. El partido conformaría una red de relaciones entre el centro y las unidades territoriales (regiones y locales).
- **Voluntad de conquistar y ejercer el poder:** ello tanto en el orden local como nacional, en el sistema político actual o en uno por venir.
- **Voluntad de convocatoria:** se manifiesta en la capacidad de atracción y obtención de respaldo popular por medio de militantes, adherentes y simpatizantes y simples votantes.
- **Organización y representación:** de clases o grupos sociales, a fin de realizar los objetivos que estos se proponen mediante el control del poder político.

Con relación al funcionamiento interno de los partidos, Jaime Cárdenas Gracia, propone las siguientes normas, para garantizar la democracia interna:

- Igual derecho de voto y propuesta para cada miembro.
- Respeto de las libertades civiles, en especial la de expresión.
- Acceso a la información sobre todos los asuntos del partido, incluyendo los económicos.
- Regulación de la posición jurídica de los miembros con base en la igualdad de derechos, para hacer posible la participación de cada uno en los asuntos del partido.
- Fundamentación de los rechazos de solicitudes de afiliación.
- Tipificación de las causas y naturaleza de las medidas de sanción o expulsión.
- Posibilidad de impugnación, ante órganos jurisdiccionales del Estado, de ciertas decisiones del partido relacionadas con la afiliación, castigo, expulsión, etcétera.
- Previsión clara de la articulación territorial y de organización del partido, de las facultades y responsabilidades de sus órganos y de las condiciones para acceder a sus cargos.
- Plena autonomía de las bases del partido en las organizaciones locales en sus esferas de competencia.
- Existencia de procedimientos y órganos especiales, ajenos a la directiva, encargados de dirimir las disputas entre entidades locales del partido.
- Selección de los funcionarios del partido y de sus candidatos mediante un procedimiento previamente establecido por la asamblea general.

Los partidos políticos como actores dentro del Estado constitucional

Los partidos políticos por ser actores que nacen del cuerpo social, tienen determinadas responsabilidades. Entre las cuales están, la socialización política, la movilización de la opinión pública, la representación de intereses y la legitimación del sistema político.

Para el teórico Pedro de Vega, en su libro, Teoría y práctica de los partidos políticos, la socialización política tiene una alta implicación en la vida social, ya que el deber de los partidos consiste en educar a los ciudadanos en la democracia. Por ejemplo, los partidos de corte obrero, siempre han estado encargados de construir una identidad de clase, y de preservar y transmitir pautas de comportamiento y valores que configuraban la cultura de la clase obrera.

Pero sin duda alguna, los partidos en la época actual, tienen la obligación de promover los valores democráticos, el respeto de los derechos humanos, la práctica de la tolerancia y el derecho al disenso, así como también la de capacitar a sus miembros en los principios ideológicos del partido y difundir éstos entre los ciudadanos.

Con relación al segundo aspecto, los partidos acuden a diferentes estrategias para generar la movilización social, entre ellas están: la ideologización, la concurrencia de intereses de clase social, geográfico y económico, y el uso de los medios masivos de comunicación. En efecto, corresponde a ellos permitir que se expresen las opiniones, pareceres y criterios de la sociedad civil y posteriormente dirigirlos a una concreción eficaz. Los partidos, al disponer de los medios materiales y las garantías de permanencia y continuidad, pueden asegurar la generación de movimientos de opinión.

La tercera función de los partidos como actor social y político es la representación de intereses. Que según Michels (1979) trae la siguiente clasificación:

- **Partidos carismáticos:** obedece al jefe o caudillo carismático, por “razones de confianza en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en el que la fe en su carisma tiene validez.
- **Partidos programáticos:** se apoya en el programa, que recoge de manera amplia las alternativas y soluciones para un momento determinado del desarrollo de la vida social.
- **Monoclasistas:** tiene como base los intereses de una clase social.
- **Policlasistas:** representan una generalidad de intereses, por lo que pretenden expresar la multiplicidad de grupos y sectores sociales existentes en las sociedades contemporáneas.
- **Doctrinarios:** afirman basar sus programas y su práctica en ideas morales, políticas o filosóficas abstractas.
- **Confesionales:** surgidos en países con fuerte tradición católica en todo su territorio o en regiones representativas e influyentes.

- **Nacionalistas:** son defensores a ultranza de los intereses de la nación.
- **De cuadros:** son aquellas organizaciones políticas caracterizadas por la verticalidad del mando y el autoritarismo.
- **De masas:** dirigidos a capturar grandes multitudes.

Hoy en día los partidos tienen a ser pluriclasistas, buscando con ello representar diferentes intereses. En muchos países, existe una tendencia marcada de partidos de centro, quienes han decidido matizar sus posiciones ideológicas, para centrarse más en buscar simpatizantes y en promover proyectos y programas.

Finalmente, se puede decir que los partidos políticos cumplen un importante papel en la vida social y en la democracia, como legitimadores del sistema político. Debe entenderse que los diferentes aspectos que contribuyen en la legitimidad del sistema son múltiples, van desde el respeto por las normas y las leyes, los derechos humanos, el involucramiento en la vida política y el ejercicio eficaz de la ciudadanía.

Pero sin duda, el criterio más fundamental para la vida de una democracia, radica en la capacidad para promover en su conjunto los procedimientos y las instituciones democráticas y para garantizar y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este sentido, los partidos desempeñan una importante labor, puesto que contribuyen en la conformación de los órganos del Estado mediante las elecciones y, por otra, son focos de discusión y debate de las ideas que orientan el funcionamiento jurídico, social y humano de las democracias. Los partidos, una vez llegan al poder, tienen la obligación de cumplir con los mandatos constitucionales, y velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Los partidos hacen posible la democracia, fomentan la tolerancia y el libre debate de las ideas, programas políticos y leyes, permiten el consenso pero también el disenso, y protegen el derecho tanto de las mayorías como de las minorías.

Se critica que los partidos políticos durante el siglo XIX, tanto en Europa como en América Latina, se movieron bajo intereses de clase, poder e ideológicas.

Este fenómeno es denunciado por Loewenstein, cuando sostiene que ninguna Constitución refleja en sus principios y fines un claro interés por regular el funcionamiento de los partidos, siendo ellos los que designan, mantienen y destruyen a los detentadores del poder en el gobierno y en el parlamento.

Las primeras regulaciones legales acerca de los partidos se orientaron al control sobre su financiación, y muchos años después se realizarán sobre sus bases ideológicas, propagandísticas y políticas. Desde el punto de vista de la regulación constitucional, para la segunda mitad del siglo XX, apenas se hace referencia a la libertad de asociación con fines políticos, y se hacen reglas para impedir que se formen agrupaciones políticas de raza, sexo o clase que puedan ir contra el bien general y propiciar conflictos indeseables.

En este sentido, la normatividad pretende regular el funcionamiento de los partidos con los siguientes fines:

- Racionalizar la lucha política, evitando la monopolización del poder por parte de un nuevo sólo partido, y fomentar condiciones materiales de relativa igualdad entre las fuerzas contendientes por el control del poder.
- Garantizar la financiación estatal de los partidos, tanto de su actividad permanente (sedes, propaganda, periódicos y publicaciones, formación de dirigentes, etc.) como de la destinada a las actividades electorales. El financiamiento estatal pretende evitar que los partidos recurran a fuentes que condicionen la independencia de los candidatos como el narcotráfico y que afectan la legitimidad de los procesos democráticos.
- Facilitar el control y vigilancia del Estado, sobre el origen y destinación de los recursos obtenidos por los partidos, los fondos públicos y los provenientes de personas naturales, fundaciones y empresas.
- Estimular el surgimiento y desarrollo de partidos estables, y comprometidos con el Estado social de derecho.

La legislación sobre los partidos políticos se ha convertido en una rama del derecho, al lado del derecho electoral, a cargo de un tribunal, Corte o Consejo Electoral con el fin de garantizar la imparcialidad en todo el proceso.

Hay que entender que la política es un conflicto de pugna abierta entre grupos y clases en la sociedad por el control y ejercicio del poder, lo cual conduce a una recomposición del poder político en cuanto a su orientación y finalidades específicas. Para Bobbio, (1986) “la vida política se desarrolla mediante conflictos que jamás son resueltos definitivamente, cuya solución se da mediante acuerdos momentáneos, treguas y aquellos tratados de paz más duraderos que son las Constituciones”.

Descriptivamente, por tanto, la política tiene que ver con lo siguiente.

- a. Con el poder político, como objeto propio hacia el cual tiende como actividad social.
- b. Con las instituciones, organismos o aparatos (institución legislativa, ejecutiva, administrativa y judicial) por medio de los cuales el poder político se materializa como dominación de unos hombres (gobernantes) sobre otros (gobernados).
- c. Con las instituciones sociales por medio de las cuales se detenta el poder político (los partidos políticos), o se pretende influir sobre sus decisiones (grupos de presión y organismos gremiales).
- d. Con los procesos tendientes a la “producción del consenso” con respecto a la legitimidad del poder y de quienes en un momento determinado lo ejercen (aparatos ideológicos de Estado).

4

Unidad 4

Constitución
orgánica



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

Este apartado teórico aborda la parte orgánica de la Constitución, la cual determina la estructura del Estado, jerarquías, procedimientos y las competencias de los diversos órganos que integran el poder público.

Por consiguiente cumple la función de organizar los poderes, sus funciones, competencias y hasta procedimientos. Fue Aristóteles quien enunció la división de tres poderes, – ejecutivo, legislativo y judicial – presentándolos como la base de la organización del poder político de los pueblos y del desarrollo estatal.

Para el filósofo francés Montesquieu tener 3 poderes separados al interior del Estado democrático, garantiza la correcta aplicación del derecho y disminuye la posibilidad de abusos de poder.

También se abordarán aspectos relativos al bloque constitucional, resaltando su importancia para servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. Además se realizará una explicación sobre la reforma constitucional, su procedimiento, y la relación que tienen con el poder constituyente.

Por último, se hará alusión a los límites formales de la reforma: el procedimiento agravado de reforma constitucional y el procedimiento ordinario de reforma constitucional.

El estudio de esta cartilla requiere el apoyo en la lectura comprensiva y la memorización de información, por lo cual les recomiendo los siguientes pasos para un efectivo proceso de aprendizaje.

- **Visualización:** realizar esquemas conceptuales de la información de mayor relevancia.
- **Interconexión:** relaciona la información con hechos reales o entre campos completamente diferentes. De esta manera se crea una ruta de caminos en el viaje de tu cerebro y conseguirás pasar por todas.
- **Siglas:** trata de memorizar una palabra creada con la primera letra de cada palabra.
- **Enlazar:** Vincular dos ideas juntas creando una imagen de fácil recordación.
- **Paratextos:** realiza algún tipo de texto, ya sea reseña, texto expositivo o informativo para recordar lo aprendido. Éxito y siempre adelante.

Constitución orgánica

La parte Orgánica hace referencia a la organización política y jurídica del Estado, la cual corresponde a la organización de los poderes públicos con sus respectivas competencias. Según las líneas clásicas del derecho político, consagra la división de poderes, que a su vez abarca el Poder Legislativo, con dos cámaras, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

La estructura y funciones del Estado

El poder ejecutivo

Es el poder que ejerce la administración y manejo de todos los bienes del Estado. El poder ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, quien será elegido cada cuatro años por voto directo, y es jefe supremo de todas las fuerzas armadas de la República y de los cuerpos policiales.

Para Biscaretti (1975) las funciones del ejecutivo son amplias y variadas, van desde el control y manejo de la violencia, -por medio de las instituciones militares y policiales-, pasando por las tareas administrativas, hasta la capacidad de reglamentar las leyes.

Características

El poder ejecutivo tiene la función de promulgar y ejecutar leyes que expida el Congreso, ordenando a la esfera administrativa de su exacto cumplimiento a través de la facultad reglamentaria. Es la rama de gobierno responsable de la gestión diaria del Estado, ello implica la posibilidad de realizar diferentes negocios de Estado, realizar todos los actos de gestión del patrimonio, y el de realizar los actos previos o ulteriores que preceden y siguen la votación de las leyes y a la expedición de las sentencias de los tribunales.

En un sistema presidencial, el jefe de Gobierno (o Presidente) es el jefe de Estado, mientras que en un sistema parlamentario es generalmente el líder del partido con mayor representación en el poder legislativo y es comúnmente llamado Primer Ministro.

El jefe de Gobierno cuenta con la asistencia de un número de ministros, con responsabilidades centradas en un determinado campo: salud, educación, asuntos exteriores etc., quienes trabajan de manera denodada para llevar a cabo los planes de desarrollo.

Se pueden estipular las siguientes características relativas al poder ejecutivo.

- Es unitario. Está depositado en un Presidente que es, al mismo tiempo, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.
- El Presidente es electo por el pueblo y no por el poder legislativo, lo que le da independencia frente a este.
- El Presidente nombra y remueve libremente a los Secretarios de Estado.
- Ni el Presidente ni los Secretarios de Estado son políticamente responsables ante el Congreso.
- Ni el Presidente ni los Secretarios de Estado pueden ser miembros del Congreso.
- El Presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del Congreso.
- El Presidente no puede disolver el Congreso, pero el Congreso no puede darle un voto de censura.

Este conjunto de atribuciones se convierte en gestión administrativa, siendo esta su función y característica más importante, y es que el poder Ejecutivo es el jefe de la Administración pública. Por lo que se puede resumir que los actos que realiza el Poder Ejecutivo, son actos típicamente ejecutivos de la Constitución o de las leyes, o bien, actos administrativos.

El poder legislativo

Se denomina poder legislativo a la institución que se encarga de la elaboración y modificación de las leyes existentes de acuerdo a la opinión de los ciudadanos.

Su función específica es la aprobación de las leyes a cargo de un cuerpo deliberativo (congreso, parlamento o asamblea de representantes). Entre los aportes teóricos de Silva Bascuñan (2000) se pueden sintetizar tres funciones principales: de representación, legislativa y de control.

Función de representación: por medio del voto directo la población puede elegir a un representante del territorio electoral local y/regional quien estará encargado de plantear los intereses de la región o población que representa ante el Congreso y las asambleas Locales.

Función legislativa: está a cargo del Congreso o Parlamento y consiste en la formulación o producción, a través de un proceso determinado por la Constitución, de normas jurídicas que se aplican a los habitantes de un Estado.

Los productos de esta función (leyes o decretos) pueden ser de tres tipos: procedimiento ordinario, de reforma o constitucional y especial.

El procedimiento ordinario se compone de los siguientes pasos: Iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación y finalmente fecha de inicio de vigencia.

El procedimiento de reforma Constitucional se refiere a que la Constitución no debe ser una institución inmutable, por lo que se contempla la necesidad de un órgano permanente con facultades constituyentes para modificarla: el Constituyente Permanente. Su justificación es la adaptación del texto constitucional a la cambiante realidad política y la corrección de las lagunas que pueda tener.

Función de control: el Congreso tienen la obligación de desempeñar esta función de manera preponderante (también la pueden ejercer tanto el poder Ejecutivo como el Poder Judicial), pues cuenta con facultades para inspeccionar, analizar, comprobar, examinar, registrar, revisar intervenir y verificar el funcionamiento de la administración pública, es decir, del Ejecutivo.

El poder judicial

Según el jurista mexicano Carmona (1996) el poder judicial tiene la función de administrar justicia a través de la aplicación de las leyes, con el objetivo de resolver los litigios y conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley.

En las democracias, el Poder Judicial es autónomo respecto al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, de forma tal que se garantice la imparcialidad en sus fallos. Su funcionamiento está regido por la Constitución.

En nuestro país, está compuesta por seis organismos: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, las Jurisdicciones Especiales y la Fiscalía General de la Nación. Tanto los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia como los del Consejo de Estado son nombrados según las listas que envía el Consejo Superior de la Judicatura.

Es importante resaltar que el Poder Judicial no tiene la facultad de actuar *de oficio*, sino que debe hacerlo cuando la parte interesada exige su actuación, y para hacerlo, debe de existir la búsqueda de la coherencia en el análisis que los jueces hacen de cada caso, ello se denomina principio unificar de la jurisprudencia.

La jurisprudencia, por lo tanto, es una doctrina que analiza el pasado socio-jurídico para decidir cómo actuar en el presente: a través del estudio de las sentencias se llega a determinar la mejor manera de aplicar las leyes.

Dentro de la estructura de poder en la rama judicial, el máximo representante es el Tribunal Supremo de Justicia y su principal función es controlar la legalidad y la constitucionalidad de los actos que lleva a cabo el Poder Público, basando su ejercicio en las leyes y la Constitución. Tiene autonomía funcional, administrativa y financiera y lo conforman diferentes *salas*, entre las que se encuentran la penal, la constitucional, la electoral y la social. Dichas salas, a su vez, constan de magistrados.

Otro tipo de órganos

A nivel constitucional en las democracias se otorgó jerarquía constitucional a diversos organismos tendientes a fortalecer el control sobre la gestión financiera y presupuestaria de la Administración Pública, a fiscalizar la correcta aplicación de las leyes por los poderes del Estado y velar por la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos.

Estos organismos tienen un explícito reconocimiento en la Constitución Nacional. Entre ellos están:

- **El Defensor del Pueblo:** esta magistratura independiente tiene como función “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.”

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, lo que lo habilita para impugnar ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en sede penal; en la justicia supranacional.

- **La Auditoría General de la Nación:** este organismo de control externo en la órbita del Poder Legislativo tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada, por ende, de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración.

- **El Consejo de la Magistratura:** es un órgano del Poder Judicial, pensamos que su necesario control judicial suficiente y adecuado importa considerarlo, en rigor, como una autoridad administrativa independiente y no una parte del Poder Judicial.

Reforma de la constitución

Las constituciones son creadas para mantener un orden normativo estable, por tal razón en muchas democracias no es factible la realización de modificaciones en tiempos cortos, pero debido a la dinámica social y los cambios políticos, económicos y culturales, se han establecido diferentes mecanismos y procedimiento para permitir las reformas que permitan adecuar el texto a los nuevos requerimientos de la colectividad. Con sobrada razón afirmaba Condorcet que “cada generación tiene derecho a gobernar con sus propias ideas”.

Iniciativa de la reforma

Existen diferentes tipos de iniciativa para iniciar el proceso de reforma, los sujetos con iniciativa que la Constitución enuncia son: al gobierno, los congresistas, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados del país o los ciudadanos en un porcentaje no inferior al cinco por ciento del censo electoral vigente. En este sentido, las iniciativas pueden ser:

- **Iniciativa restringida:** solo un órgano tiene la potestad de presentar proyectos de reforma. En las constituciones de orientación autoritaria, únicamente el ejecutivo tiene tal prerrogativa (francesa de 1852). La anterior Constitución colombiana, únicamente le concedía al Congreso la atribución de reformarla.
- **Iniciativa comparada:** diferentes órganos tienen la facultad de presentar proyectos de reforma. Generalmente se concede tal posibilidad al legislativo y al ejecutivo, buscando un equilibrio entre esas dos ramas del poder; aunque lo usual es que el gobierno sea el autor de la mayoría de los proyectos reformativos.
- **Iniciativa popular:** avances democráticos, han concedido que en algunos países se garantice que un número significativo de ciudadanos pueda presentar proyectos de enmienda constitucional; que los proyectos aprobados por el legislativo –actuando como constituyente– o por otro órgano especial, deban ser sometidos a la ratificación popular y que las corporaciones locales de elección popular intervengan en la aprobación de los proyectos.

Normas neutras de la constitución

Basado en el pensamiento de Molineros Hassan (2011) quien plantea que las normas neutras hacen relación a una serie de normas que no se pueden considerar orgánicas ni tampoco dogmáticas, pero que por la importancia de las materias que regulan, se considera necesario y conveniente incorporar dentro de la ley fundamental para hacerlas más estables. En la Constitución colombiana encontramos como ejemplo los artículos 41, 49, 56, 62 y 66, que tratan sobre el estudio obligatorio de la constitución y la instrucción cívica en las instituciones de educación, los servicios públicos de atención a la salud y saneamiento ambiental, el derecho de huelga, la dirección de las donaciones para fines de interés social y el crédito agropecuario.

Bloque de constitucionalidad y tratados internacionales

Concepto, origen. Referencia en el derecho nacional y comparado

Con relación al Bloque de Constitucionalidad, las constituciones contemporáneas han incorporado diferentes parámetros para la adopción de las normas internacionales en el orden interno:

Inicialmente el concepto “bloque de constitucionalidad” se usó para denominar a las normas de rango constitucional, pero posteriormente, se distinguieron dos sentidos del concepto: el primero, correspondiendo únicamente a las normas de jerarquía constitucional, y el segundo, entiende el bloque de constitucionalidad con la función de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

En este sentido, con la noción bloque de constitucionalidad, se pretende dimensionar la estructura de derecho y normativa que abarca el texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros ámbitos normativos, que también son normas constitucionales que gozan de rango superior.

Establecimiento y Reforma de la Constitución

Concepto. Límites formales y materiales

La constitución puede imponer a la legislación dos tipos de límites: límites formales (o procedimentales) y límites materiales (o sustanciales).

1. Límites formales mediante normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de modo que el órgano legislativo no puede legislar si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución.
2. Límites materiales mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de forma que le está prohibido al legislador aprobar leyes con un cierto contenido. Este segundo punto requiere alguna profundización.

Por tanto, el contenido de una ley puede ser analizado como la combinación de dos elementos distintos:

- a. El objeto de la regulación –la materia, como se suele decir- o sea, la clase de supuestos de hecho regulada por la ley.
- b. El modo en que tales supuestos de hecho están regulados, es decir, las consecuencias jurídicas previstas por ella.

A nivel constitucional, el procedimiento de reforma constitucional, permite alcanzar dos objetivos. Primero que todo, la reforma facilita la vigencia y actualización de la Constitución, mantiene la estabilidad en la estructura del texto para evitar posibles rupturas y cambios en el régimen político. Además, seguir los procedimientos de reforma evita posibles conflictos violentos, la llegada intempestiva al poder de sectores radicales, y conservar el principio democrático establecido para tal caso.

El poder de reforma de la Constitución, poder constituyente constituido

El poder de reforma de la Constitución ha sido calificado como un poder constituyente constituido, porque estas modificaciones se incorporan al texto de la Constitución y por tanto es poder constituyente. Y es poder constituido porque no es un poder libre, sino que tiene que ajustarse a los procedimientos de reforma previstos en la Constitución.

La reforma de la Constitución se encuentra regulado (Constitución Política Colombiana) en el título décimo, artículos 166 a 169. El poder de reforma siempre apela al titular de la soberanía, ya sea a través del referéndum o a través de sus representantes con la aprobación del congreso y del senado.

En el sentido más estricto, el poder constituyente representa la voluntad política del pueblo que decide sobre su propia existencia democrática. El Poder Constituyente -en los términos en que fue formulado por Sieyès-, tiene un valor fundamental en el ordenamiento jurídico, protege la constitución de manera independiente y autónoma, ya que su actuación no está supeditada a ningún tipo de normas positivas ni tiene límite alguno a su ejercicio más allá de la voluntad nacional.

Su fortaleza e importancia radica en que no es un poder subordinado y es el resultado de la asociación de voluntades con el fin de lograr un cuerpo jurídico-político común del que quedará constancia escrita mediante la positivización de la Constitución, la cual es el resultado de ese ejercicio constituyente.

El Poder Constituyente al recaer sobre la titularidad del mismo, o sea el pueblo, está unido a su soberanía, sin la cual no existe, en esa medida al ser la nación soberana se estima que dispone de un Poder Constituyente. Sin duda, el titular de este poder será en todo caso, aquel que se encuentre legitimado para ejercerlo, quien cuente con la potestad para asumir su ejercicio.

Para Ernst Wolfgang Böckenförde (2000, pág. 160) autor Alemán de la teoría del Poder Constituyente, éste ocupa un lugar fundamental en el mundo jurídico. Siendo el origen de toda pretensión de validez que ostenta toda Constitución; y que dan sentido a su fundamento y legitimidad, siendo una cuestión que está más allá del ámbito del derecho positivo y que hace parte del origen jurídico y humano de toda fundamentación de organización socio-política, esencia y resultado.

Siguiendo su reflexión sobre el poder constituyente, Böckenförde considera que al ser transferido al pueblo, adquiere un tinte esencialmente político, entendido como nación: “[...] esto es, de un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal” (Böckenförde, 2000, pág. 165). “[...] magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución” (Böckenförde, 2000, pág. 163). Hay que entender que al plantear esto Böckenförde descarta que el poder constituyente pueda ser igualado con una norma fundamental hipotética o una norma fundamental del Derecho Natural.

Sin duda se puede entender como un concepto democrático que contribuye en la creación de un orden jurídico que se hace firme normativamente a través de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos y fuerzas determinantes en la sociedad. Tiene un carácter originario, inmediato e incluso elemental, basado en el pueblo y en la decisión política que representa. Así, el Poder Constituyente tiene la facultad de legitimar la Constitución jurídica, y a la vez de detener esa legitimación.

Para Genaro Carrió (1973) jurista argentino, el poder constituyente no es más que una simbología vacía, llena de inconsistencias teóricas, muy pocas veces llevada a la práctica, y que puede generar toda una serie de sinsentidos.

Quiroga Lavié (2000) en su libro Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, argumenta que existe una diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, que da origen a un orden constituyente y un orden constitucional, el primero es lo que la mayoría de los autores llaman Poder Constituyente. El orden constituyente es creador del Poder Constituyente y este a su vez es creador del orden constitucional o lo que se denomina como poderes constituidos.

Significa esto que una vez creado el orden constitucional funciona por un proceso dinámico de aplicación según corresponda a cada poder constituido: el legislador aplica la constitución y crea la ley, el administrador aplica la ley y crea el reglamento, el juez aplica la ley y el reglamento y crea la sentencia. Así el Poder Constituyente está por encima de todo poder, da vida al ordenamiento jurídico del Estado, y a los poderes constituidos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), a los cuales a través del texto constitucional, encauza y limita.

Es necesario reconocer que el Poder Constituyente está limitado por diversos factores, unos procedentes de la órbita jurídica y otros ajenos al derecho. En la órbita jurídica los límites dependen de factores internos o externos:

a. Limitaciones heterónomas: que serían jurídicas y de procedencia exterior a la constitución, provenientes:

- del derecho estatal, como las que existen en las relaciones federales, en las que las constituciones de los Estados miembros no pueden contrariar los criterios establecidos por el orden federal.
- del derecho internacional, como las que surgen de los tratados internacionales.

b. Limitaciones autónomas: que son jurídicas y de origen interno, que presuponen que existe y se respeta una forma correctamente establecida para la revisión constitucional.

c. Limitaciones absolutas: que rebasan el área estricta de lo jurídico, por ejemplo el derecho natural.

Para Linares Quintana el poder constituyente originario es ilimitado, ya que el pueblo tiene la potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado para el funcionamiento y organización del gobierno. En cambio, el Poder Constituyente derivado (que es el que ejercitan las convenciones reformadoras) es esencialmente limitado, ya que está condicionado por las restricciones que puedan surgir del espíritu de la constitución originaria, está sujeto al procedimiento, a las condiciones y hasta a las prohibiciones que determine la misma constitución y más particularmente la ley que declara la necesidad de la reforma.

Las características del poder constituyente son:

1. En un poder originario: tiene su raíz en el propio pueblo.
2. Es extraordinario: actúa sólo en momentos fundacionales o de cambio político de cierta entidad.
3. Es permanente, aunque de ejercicio discontinuo.
4. Es unitario e indivisible, en el sentido y en la medida en que lo es su titular, bien que integrado por millones de individuos.
5. Es inalienable, como lo es la soberanía y todo elemento del Estado.
6. Su ejercicio no tiene más condición que la democracia.

El procedimiento de reforma constitucional, debe obedecer a un conjunto de exigencias o límites formales, así en nuestro país existen dos procedimientos de reforma constitucional.

■ **Procedimiento agravado de reforma constitucional:** (en la Constitución Colombiana) se encuentra regulado en el artículo 168 y que se aplica para aquellas reformas que supongan una revisión total de la Constitución o una revisión parcial que acepte al título preliminar a la sección primera del capítulo segundo título primero, que son los derechos fundamentales que tienen amparo constitucional, o el título segundo dedicado a la Corona.

■ **Procedimiento ordinario de reforma constitucional:** regulado en el artículo 167, y que se aplica al resto de las materias.

Un aspecto importante que vale la pena resaltar, tiene relación con determinar que los procedimientos de reforma constitucional son más complejos que el procedimiento legislativo para aprobar una ley por tratarse de una norma de normas. Pero un hecho cierto, es que las reformas no tienen límites materiales, es decir, es decir, que no existen preceptos constitucionales que no puedan ser reformados, todo puede ser reformado cumpliendo las exigencias formales que dice la Constitución.

Otro aspecto de interés, tiene relación con el hecho que establece expresamente la Constitución, es que la iniciativa de reforma no puede hacerse en tiempo de guerra, ni durante el Estado de excepción sino en situaciones de normalidad política. (Artículo 169 de la Constitución Colombiana).

Política que se ratifica según la ley orgánica 2/1980, que regula el referéndum, prohíbe que se pueda celebrar un referéndum estando vigentes los Estados de excepción y sitio o en los 90 días posteriores a su levantamiento. De esta forma, la ley orgánica impediría una reforma constitucional por el procedimiento agravado durante los Estados de excepción y sitio.

4

Unidad 4

El control
constitucional



Teoría constitucional

Autor: Ricardo Arrubla Sánchez

Introducción

El control jurisdiccional es una consecuencia del principio de la “supremacía de la Constitución”, con ello se busca no realizar modificaciones a las normas ni permitir reformas que resulten contrarias a los preceptos constitucionales.

De esta forma, el control constitucional está destinado a impedir que las modificaciones se realicen por fuera de los principios que la misma constitución establece. Tal medida permite conservar la intangibilidad de la Constitución como marco legal superior de la acción de los gobernantes, y legalizar todas las acciones al ejercicio del poder político.

Para poder comprender mejor la forma como se ejerce el control constitucional, se abordarán aspectos relacionados con el Sistema de control constitucional político, y el Sistema de control constitucional jurisdiccional.

Aspectos fundamentales, ya que dicho control, por estar mediado por la interpretación jurisprudencial, influye en el ámbito de acción de los órganos e instituciones políticas, sus relaciones, alcances, capacidad y eficacia de sus actos.

Por ser un control político y estar en un círculo de competencias frente a los otros órganos detentadores de poder, se vuelve instrumentos de decisión política.

Felicitaciones, han llegado al final del curso, las recomendaciones para realizar una buena lectura comprensiva de la cartilla 8 tienen relación con revisar muy bien los conceptos relacionados con el Control Constitucional, especificar en un mapa conceptual los tipos de control y su aplicación en cada caso. Tienen de soporte las lecturas recomendadas que amplían mucho la comprensión del tema, y sin duda el uso de los recursos de aprendizaje.

No olviden:

- Para memorizar correctamente hay una cosa esencial: el subrayado de las ideas centrales y secundarias.
- Otra cuestión muy importante para memorizar un texto es hacer un buen resumen con un glosario personal de las palabras que más trabajo nos cuesta recordar o comprender.
- Una manera muy buena de estudiar de memoria es hablar lo que hemos estudiado, recitar el texto de memoria, ya que al escucharnos podremos ver los fallos y donde nos perdemos o nos quedamos parados.

El control constitucional

Principio de supremacía constitucional

Para comprender el funcionamiento del control constitucional, es necesario aclarar lo que se conoce como principio de supremacía constitucional. La Supremacía Constitucional es el origen de toda producción legislativa y directriz de la realidad político-social realizada conforme a la Constitución Política de un Estado (Kelsen, 1993).

Responde a lo establecido por Kelsen quien señala en su “Teoría pura del derecho” que: “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de una manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico” (Kelsen, 1993).

Por tal razón, dicho principio se encuentra en lo que Kelsen llama la norma fundante básica, idea que defiende que el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma; y la norma que representa el fundamento de validez de otra, debe caracterizarse como una norma superior en relación con la primera.

De esta manera el principio de supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad, están unidos por su razón fundante, ya que la supremacía constitucional “se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental” la otra figura jurídica busca mantener la constitucionalidad de las leyes “el control o la jurisdicción constitucional”, o sea se encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la supremacía constitucional.

El tener una Norma Fundamental, permite emitir un juicio de compatibilidad o incompatibilidad con las normas y actos del Estado, sustentado sobre el carácter normativo de la Constitución, que les da un carácter jurídico y no simples principios programáticos.

Sistemas de control constitucional

Existen diferentes órganos encargados de hacer prevalecer los postulados contenidos en la Constitución, como garantes del principio de supremacía constitucional. Al respecto, la doctrina habla de dos sistemas de control: el sistema político y el sistema jurisdiccional.

Sistema de control constitucional político

Se denomina así, porque en este sistema, quien ejerce el control de constitucionalidad, es precisamente un órgano político, que tiene la jurisdicción de desautorizar a los otros poderes políticos ordinarios cada vez que violen los textos constitucionales. Este tipo de control también se llama germano – austríaco, por haber aparecido primeramente en este ordenamiento jurídico.

El procedimiento para hacer la declaración mencionada no es contencioso, ya que no se entabla una verdadera contienda o controversia, sino que se realiza un estudio hecho por el poder controlador acerca de la ley o acto reclamados, con el fin de concluir si son constitucionales o no.

Por último, la resolución pronunciada no reviste el carácter de una sentencia, ya que esta recae únicamente en los procedimientos de contención, teniendo aquella efectos *erga omnes*, esto es, generales y absolutos". (Burgoa, 1988).

Este control tiene tres mecanismos:

- **Control preventivo:** antes de que se viole a la Constitución.
- **Control efectivo:** en el momento mismo que se trate de violar la Constitución.
- **Control retroactivo:** caso en el que se repara (invalidando, derogando o abrogando) un acto de violación a la Constitución.

En resumen, las características del sistema político de control constitucional son las siguientes:

1. La preservación de la Ley fundamental se encomienda, bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los poderes del Estado, o bien se confía a alguno de estos.
2. La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la Constitución.
3. Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el órgano petionario y aquel a quien se atribuye el acto o la ley atacados.
4. Las declaraciones sobre constitucionalidad tiene efectos *erga omnes* o absolutos.

Sistema de control constitucional jurisdiccional

En este sistema, el control constitucional se lleva a cabo por un órgano jurisdiccional, según Ernesto Perla Velaochaga puede ser entendido de la siguiente manera: “Potestad del Estado para conocer, tramitar y resolver los conflictos que se presentan dentro del ámbito en que ejerce soberanía”. (Barrueto).

Una definición más completa la realiza el maestro Couture, quien indica que es la “Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (Couture, 1985).

Ahora bien, el sistema de control constitucional jurisdiccional, se desdobra, a su vez, en dos sistemas: el sistema difuso y el sistema concentrado.

■ **Sistema difuso:** llamado sistema americano de control judicial de la constitucionalidad, surgió a partir de 1803, cuando la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, declaró contraria a la Constitución una ley que creaba cargos judiciales de índole menor, ejerciendo así su facultad controladora de las leyes (Reyes, 2000).

Por lo que la particularidad de este sistema de control constitucional consiste en dotar a todo el aparato judicial para hacer valer la Constitución, como norma superior.

■ **Sistema concentrado o centralizado:** este sistema de control constitucional es de tradición austriaca, pues surgió con la Constitución Austriaca de 1° de octubre de 1920 (perfeccionada en su reforma de 1929), el cual albergó las ideas de Hans Kelsen, quien propuso la creación de un órgano especializado para analizar las cuestiones constitucionales, denominado Tribunal Constitucional.

Para el sistema kelseniano el Tribunal Constitucional, es el encargado de resolver los conflictos que se presentan al confrontar el texto de una ley con el de la Constitución, para determinar si la primera es acorde con esta última, por ende, los tribunales ordinarios carecen de facultades para poder “inaplicar” una ley, o simplemente para juzgar esta ley o determinar que es contraria a la Constitución.

Kelsen explica que mientras el Tribunal Constitucional no resuelva si la ley es contraria o no a la Constitución, dicha ley es válida y, por ende, los tribunales ordinarios tienen obligación de observarla, a diferencia del sistema americano, en cuyo caso, si el juez estima que la ley es inconstitucional, está habilitado para inaplicar al caso concreto.

Criterios de control

Lo que diferencia a ambas manifestaciones del control, es el criterio que se sigue para tomar las decisiones y efectuar el juicio de razonabilidad, frente a una ley o acto inconstitucional. Según Carlos Bidegain, (1998) en su libro Control judicial y control político en la Argentina, se pueden clasificar los siguientes:

- En el control político, la decisión aparece influenciada por criterios de “oportunidad” y sus consecuencias son generales y abstractas.
- En el control jurisdiccional, en cambio, la decisión sólo puede estar influenciada por criterios de “justicia” aplicables al caso concreto, y en ello van sus consecuencias.

Consecuencias

Este fenómeno es muy usual cuando el Congreso de la Nación establece diferentes normas de emergencia para enfrentar los problemas económicos y sociales. Las normas creadas son el inicio del proceso legal, si el Parlamento no realiza el control de constitucionalidad de la normativa o por el contrario, si lo efectúa y decide que la misma no es inconstitucional, se aprueba puesto que se considera que no va en contra de los principios fundamentales y colectivos de la sociedad.

Supongamos que un sector de la sociedad manifiesta su oposición a la aplicación de la norma, y lo cuestionan judicialmente, por lo que buscan que el Poder Judicial intervenga en pro de sus derechos, dando inicio a un proceso de evaluación de la norma. Ello permite determinar que sólo en la medida en que funcionan los controles (político y jurisdiccional) y se eviten decisiones inconstitucionales que afectan derechos y garantías individuales se vive en un Estado constitucional de Derecho.

Modalidades y procedimientos del control constitucional: caso Colombia

Para el caso Colombiano, se puede afirmar que el control constitucional, está fundamentado en primero lugar, en la soberanía popular, pero su criterio inmediato está dado por el principio de supremacía de la Constitución. Y el control jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, se cumple mediante tres procedimientos, que a su vez contienen los mecanismos a utilizar según la clase y jerarquía de la norma, o acto objeto del control.

Control automático y oficioso de constitucionalidad

Se lleva a cabo por la Corte Constitucional sin que para ello sea necesario la demanda de los ciudadanos. El control automático puede ser previo o posterior, indica que puede iniciarse revisión antes o después de su expedición. A su vez se subdivide en:

- **Control previo automático u oficioso de constitucionalidad:** sobre los proyectos de ley. Cualquier proyecto de ley que no sea estatutaria, puede ser objetado por inconstitucionalidad por el Presidente de la república, dentro de los términos que le concede el inciso 1 del artículo 166 de la Constitución. Si el Congreso insistiere, el proyecto debe pasar a la Corte Constitucional para que dentro de los 6 días siguientes, decida sobre su exequibilidad.

Sobre los proyectos de ley estatutaria: según el Artículo 153 inciso 2 de la Constitución, dentro del trámite de las leyes estatutarias está su revisión previa por parte de la Corte Constitucional, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Sobre las leyes de convocatoria o referendo reformativo: en este caso, el Presidente de la República, una vez sancionada la ley, deberá enviar copia autentica a la Corte Constitucional, para que sea revisada solo por vicios de procedimiento en su formación.

Acto de convocatoria a referendo de un acto legislativo: para el efecto, el acto de convocatoria al referendo dictado por el Consejo Nacional Electoral, deberá ser enviado por este a la Corte Constitucional para su revisión y pronunciamiento acerca de su constitucionalidad formal.

Sobre las leyes de convocatoria a una Asamblea Constituyente: la Corte Constitucional debe examinar y decidir, con antelación al pronunciamiento popular, acerca de su constitucionalidad solo por vicios de procedimiento en su formación.

Sobre los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias: luego de agotada la instancia del control político sobre el tratado, es decir, una vez sancionada la ley que lo incorpora al derecho interno y dentro de los seis días siguientes el gobierno nacional deberá remitirla a la Corte para su revisión integral. Si se encuentra conforme con la Carta, puede surtirse el canje de ratificaciones, de lo contrario no podrá hacerse, evitándose así que cobre fuerza vinculante entre las partes.

Control posterior automático u oficioso de constitucionalidad

Están sujetos a esta modalidad de control, los actos que una vez expedidos por el gobierno deben ser revisados por la Corte Constitucional a fin de establecer si han sido expedidos conforme a las normas superiores. Es este el control que se ejerce sobre los decretos expedidos por el gobierno en ejercicio de las facultades los artículos 212, 213, y 215 de la Constitución.

Control de constitucionalidad por vía de acción

Esta modalidad incluye tanto la acción de inconstitucionalidad que se ejercita ante la jurisdicción constitucional, como la acción de nulidad que se ejerce ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- **Acción de inconstitucionalidad:** consiste en el derecho político que asiste a todo ciudadano de acudir ante la Corte Constitucional, para impugnar algunas normas jurídicas con fuerza de ley.
- **Actos sujetos al control de la Corte por vía de acción:** los actos susceptibles de éste control están taxativamente señalados en el artículo 241 de la Constitución, con la mención específica de la forma como se avoca la competencia. Que pueden ser: Loa actos reformativos de la Constitución, las leyes, los decretos leyes dictados por el gobierno, los decretos con fuerza de ley.

Acción de nulidad por motivos de inconstitucionalidad

Puede ser definido como un mecanismo que le permite a toda persona poner en movimiento la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de un pronunciamiento definitivo y con efectos ante toda la colectividad, sobre la conformidad o no de un acto administrativo, de los que no están sujetos al control de la Corte Constitucional, con la Constitución Política.

Control de constitucionalidad por vía excepción

Este ha sido un medio que ha causado agudas polémicas, en cuanto a que es una característica propia del sistema difuso que en ocasiones parece reñir por aspectos relativos a la competencia y con los conceptos tradicionales de la doctrina constitucional.

Los tribunales constitucionales europeos

Los más importantes, en orden de creación, son los siguientes:

El tribuna austríaco

Para Heinz Schaffer este tribunal fue el primer tribunal constitucional de Europa. Fue creado en 1920 y tiene como función evaluar la constitucionalidad de la legislación, garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos y velar por el orden federal.

Desde sus orígenes este Tribunal Constitucional presenta una doble naturaleza, derivada de sus funciones: por un lado, es vigilante de las instituciones, y por otro, es garante constitucional. Tiene la potestad de conocer la constitucionalidad de una ley, cuando ésta deba servir de base a sus decisiones.

La vía esencial del control constitucional de las leyes en Austria se realiza de dos maneras: el propio Tribunal mediante una selección de los casos que le han sido sometidos, escoge los que parecen proporcionar una ocasión para una revisión de la constitucionalidad de una ley, o mediante un recurso individual de las leyes (Favoreau, 2000).

Según la doctrina del tribunal acerca del principio de proporcionalidad, la revisión de una ley se debe hacer según los siguientes principios:

- Precisar el fin de la ley y determinar si este fin responde al interés público.
- Si la intromisión en el derecho es adecuada según el fin que se persigue.
- Si dicha intromisión es, además, necesaria, existiendo otros medios menos gravosos.
- Determinar si no existe una "prohibición de regulaciones excesivas.

Respecto de la tipología de las sentencias del Tribunal Superior austríaco, Echeverri Uruburu, propone en su libro Teoría Constitucional y ciencia política, la siguiente clasificación:

- **Interpretativas:** el tribunal escoge el texto legal que desde su significado sea irreprochablemente constitucional.
- **Aditivas:** el tribunal deriva directamente de la Constitución un mandato que completa la ley, haciéndola, por tanto, conforme a la Constitución.
- **Apelativos:** en este tipo de sentencias se desestima la declaratoria de inconstitucionalidad, por considerar que la ley todavía no es contraria a la Constitución, pero que puede llegar a serlo.

- **Anulatorios:** por medio de éstas, el tribunal estima inconstitucional una norma y produce su anulación con efectos *erga omnes*.

La Corte Constitucional Italiana

Creada en la Constitución de 1947, es el órgano a cargo del control de constitucionalidad de las leyes en Italia. En este tribunal el control se tramita mediante un recurso directo contra las leyes de la República por parte de las regiones o del gobierno central.

También se puede realizar por medio de una cuestión de inconstitucionalidad o vía incidental, siendo ésta la vía más utilizada, la cual puede ser planteada por cualquier juez o tribunal inferior ante el Tribunal Constitucional, quien se encargará de analizarla y emitir el fallo correspondiente.

En cuanto a la tipología de sus sentencias, pueden ser las siguientes:

- Declaratorias de inconstitucionalidad constatada pero no declarada.
- Manipulativas como consecuencia de las omisiones del legislador, o por razón de la redacción insuficiente –desde el punto de vista constitucional- de un texto legal.
- Aditivas de principio mediante este tipo de fallos, la Corte Constitucional declara la contrariedad de la ley con la norma superior, pero insta al legislador para que produzca una nueva reglamentación legal.

El tribunal Constitucional Federal Alemán

Creado en la Constitución alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn), entró a operar en 1950.

El control constitucional lo ejerce por el siguiente procedimiento.

- **Control abstracto de normas:** este control se puede ejercer contra todo tipo de leyes, incluidas las “constitucionales” (por medio de las cuales se reforma la Constitución), tanto desde el punto de vista formal como de fondo.
- **Control concreto de normas:** se ejerce por medio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional por los Tribunales Federales inferiores.
- **Recurso de amparo o recurso constitucional:** se tramita por iniciativa de los individuos contra los actos de los poderes públicos, incluido el Judicial, cuando se lesionen derechos fundamentales.

El Consejo Constitucional Francés

Creado en la Constitución de 1958 tiene la finalidad de garantizar el cumplimiento de la Constitución, se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes orgánicas y de los tratados internacionales, más no tiene incidencia en las leyes ordinarias y los compromisos internacionales.

El Consejo Francés tiene un claro carácter basado en la defensa de los principios constitucionales y de los derechos de los ciudadanos, siguiendo su antigua tradición iniciada con la declaración de los derechos del hombre del ciudadano de la Asamblea Constituyente de 1789 y la carta de derechos de la Constitución precedente de 1946.

El control sobre las leyes puede ejercerla el Consejo en diferentes momentos:

- **Sobre la administración de los proyectos de ley:** el consejo interviene en caso de que exista un desacuerdo entre el presidente de la república y el presidente de la Asamblea nacional, respecto al trámite de un proyecto de ley.
- **Sobre las leyes votadas pero no promulgadas:** pueden ser demandadas antes que el gobierno proceda a sancionarlas.
- **Sobre las leyes que ya han entrado en vigor:** sólo se da para aquellos de tipo reglamentario, cuya competencia corresponda al Ejecutivo, y que se denomina “reglamentos autónomos”.

Por último, se puede añadir que las decisiones del Consejo francés “se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”, por lo que los jueces éstos están obligados a aplicar la ley bajo los parámetros fijados por el Consejo Constitucional.

Bibliografía

- Angarita, J. (2005). Derecho civil. Cuarta edición.
- Abendroth et al. (1986). El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. Madrid.
- Adriano, E. (2005). Derecho público y Derecho privado. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alzamora, M. (1972). Introducción a la ciencia del derecho. Lima.
- Angulo, L. (s.f.). La acción de inconstitucionalidad en México.
- Aquino, S. (1861). De Regimine principum. D.A. Izquierdo. Sevilla.
- Aristóteles. (1999). La Política. Libro I2. Madrid: Alba.
- Arteaga, E. (s.f.). La controversia Constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la Facultad Investigadora de la Corte: el caso Tabasco y otros.
- Ashraf, G. & Clare, L. (2008). Fixing Failed States. A Framework for Rebuilding a Fractured World. New York, Oxford University Press.
- Barrueto, E. (s.f.). El control constitucional. Revista Jurídica de Cajamarca.
- Bascuñán, A. (2000). Tratado de derecho constitucional. Tomo VII Congreso Nacional. La Función legislativa. Editorial Jurídica de Chile.
- Bauman, Z. (2005). Amor líquido. Buenos Aires.
- Beck, U. (1999). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires.
- Bidart, G. (1998). Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos.
- _____. (1968). Derecho constitucional. Buenos Aires.
- Biscaretti, R. (1975). Introducción al derecho constitucional comparado. México. Fondo de Cultura Económica.
- Brage, J. (1998). Sobre la naturaleza de la Suprema Corte Mexicana: Hacia su conversión en un Tribunal Constitucional. Revista Jurídica de la Universidad de Santiago.
- Brewer, A. (2005). Régimen Legal de Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- _____. (1993). El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Bufalá, V. (2008). Derecho Parlamentario Electoral. Porrúa. México.
- Burdeau, G. (1997). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Nacional Editora.
- Burgoa, I. (1988). El Juicio de Amparo.

Bibliografía

- Carbonell, M. (2007). El Neoconstitucionalismo en su laberinto. Madrid: Edición de Miguel Carbonell.
- Cárdenas, J. (1992). Partidos políticos y democracia. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral.
- Carmona, J. (1996). La Interpretación Judicial Constitucional. México: UNAM: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Cepeda, M. (1991). Los derechos fundamentales en la constitución de 1991. Temis.
- Cerroni, H. (1975). Introducción al pensamiento político, siglo XXI.
- Chevallier, J. (2004). L'État post-moderne. Paris: LGDJ.
- Correa, R. (2007). Derecho Constitucional Contemporáneo. Fundación de Cultura Universitaria.
- Couture, E. (1985). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- De Blas Guerrero, A. (1986). Elementos constitutivos del Estado.
- De Cabo Martín, C. (2003). La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Madrid: Trotta.
- De Toqueville, A. (1984). La Democracia en América. Fondo de Cultura Económica. México.
- De Vega, P. (1979). Teoría y práctica de los partidos políticos. Cuadernos para el Diálogo. Madrid.
- Díaz, S. (2001). Supremacía de la Constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Duverger, M. (1962). Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ariel.
- Echeverri, A. (s.f.). Teoría constitucional y ciencia política. Editorial Astrea. Colombia.
- Esguerra, J. (2004). La protección constitucional del ciudadano. Bogotá: Legis.
- Faralli, C. (2007). La Filosofía del Derecho Contemporáneo. Madrid: Hispania Libros.
- Fernández, J. (2003). La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI. España: Ed. Tecnos.
- Fernández, F. (1992). El Sistema Constitucional Español. Madrid: Editorial Aykinson.
- Ferrer, E. (2001). Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual puede ser consultada en la obra siguiente: Derecho Procesal Constitucional.
- Ferrero, R. (2000). Ciencia política: Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima.
- García, J. (2010). Introducción al Derecho Constitucional. Madrid: Universidad de Cádiz.
- García, M. (1977). Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial.

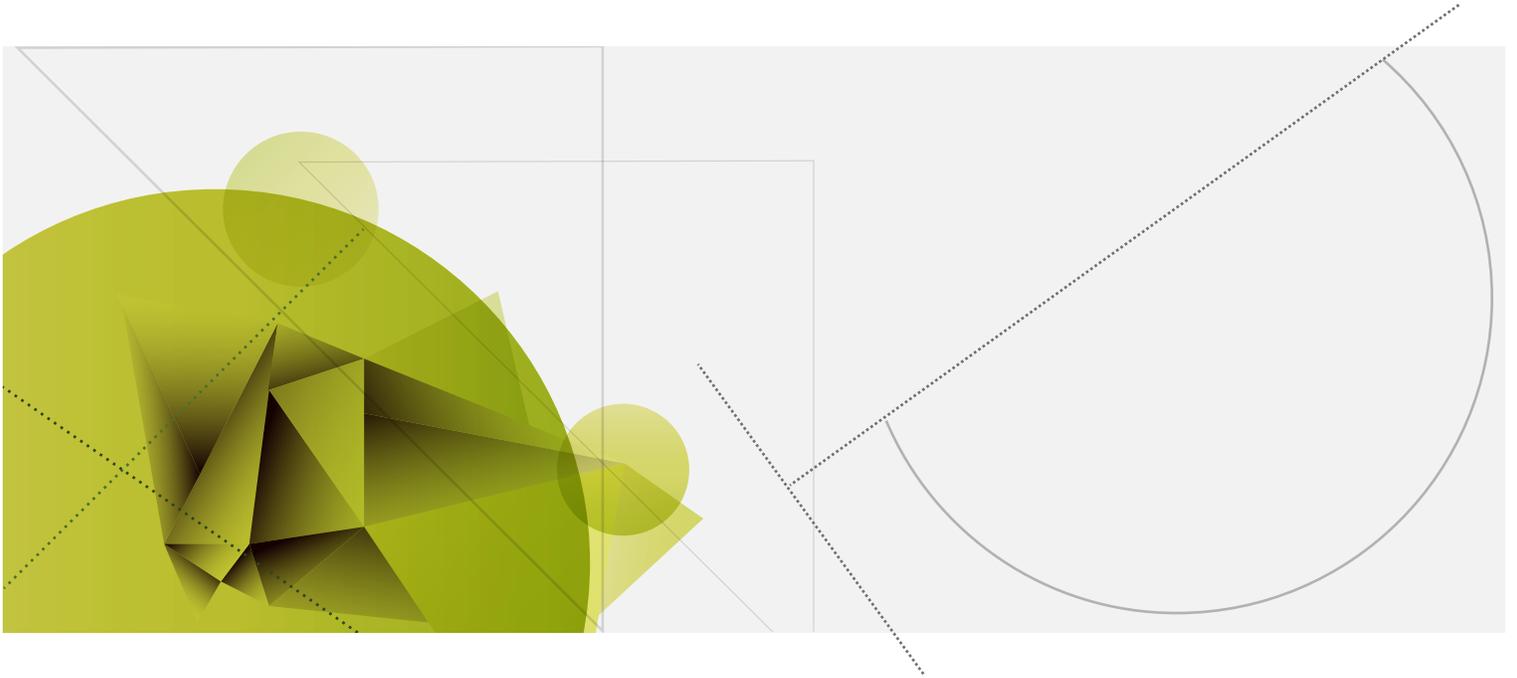
Bibliografía

- Hauriou, A. (1980). Derecho constitucional e instituciones políticas. Barcelona: Ariel.
- Heller, H. (1998). Teoría del Estado. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Henao, J. (s.f.). Panorama del constitucionalismo colombiano. Temis. Hillgruber, C. (2009). Soberanía. La defensa de un concepto jurídico. Universität Bonn.
- Jiménez, J. (1985). Introducción al Derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Kelsen, H. (2005). Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa.
- _____. (1993). Teoría pura del Derecho. México: Porrúa.
- _____. (2008). Teoría General del Estado. México: Editorial Coyocan.
- Linares, S. (1979). Tratado de interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Loaiza, H. (1993). Introducción a la Administración Pública. Bogotá.
- Locke, J. (1689). Dos Tratados Sobre el Gobierno Civil. Madrid: Alianza Editorial.
- Loewenstein, K. (1986). Teoría de la Constitución. Ariel.
- Michels, R. (1979). Los partidos políticos. Amorrortu.
- Monsalve, A. (2004). Derecho Civil parte general y personas. Bogotá: Temis S.A.
- Naranjo, V. (s.f.). Teoría constitucional e instituciones políticas. Temis. Bogotá.
- Orgaz, A. (1961). Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba: Ed. Assandri.
- Peniche, E. (1969). Introducción al Estudio del Derecho. México: Editorial Porrúa. Séptima edición.
- Pérez, J. (s.f.). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Temis.
- Platón. (2003). Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes. Editorial Gredos.
- Reyes, P. (2000). La acción de inconstitucionalidad. México: Ed. Oxford.
- Rodríguez, E. (1986). Derecho al espacio. La órbita geoestacionaria: ¿una frustrada regulación?
- Rozo, E. (1988). Introducción a las instituciones políticas. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
- Rubio, M. (1991). El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Lima.
- SÁCHICA, L. (1999). Derecho constitucional general. Bogotá: Temis.
- Sampay, A. (1973). El pueblo y la constitución. Buenos Aires: Ediciones Cuenca.
- Sánchez, L. (1970). Principios de teoría política. Madrid: Edit. Mundo Científico.
- Sánchez, P. (s.f.). Materiales de enseñanza del curso de "Teoría General del Proceso".

Bibliografía

- Schmitt, C. (1993). *Théorie de la constitution*. Paris: Presses universitaires de France (Col. Léviathan).
- _____. (s.f.). *Teoría de la Constitución*. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Serrafiero, M. (1998). *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto*. Revista Mexicana de Sociología.
- Smith, A. (1976). *Las teorías del nacionalismo*. Barcelona.
- Velásquez, F. (2006). *¿Descentralizar o re centralizar?* Revista Foro, N° 58, Foro Nacional por Colombia. Bogotá.
- Vernant, J. (1992). *Los orígenes del pensamiento griego*. Buenos Aires: Paidós.

Esta obra se terminó de editar en el mes de noviembre
Tipografía Myriad Pro 12 puntos
Bogotá D.C.,-Colombia.



AREANDINA
Fundación Universitaria del Área Andina

MIEMBRO DE LA RED
ILUMNO