Garantías constitucionales en Colombia y Argentina: El caso particular de la división de poderes en estos países suramericanos

*Rodrigo Giraldo Quintero**

Constitutional guarantees in Colombia and Argentina: The particular case of the division of powers in these South American countries

Resumen

El presente artículo, busca describir algunas garantías constitucionales que son comunes a los Estados de Colombia y Argentina, procurando explicar algunas características que interpretan el funcionamiento de estos derechos en ambos países suramericanos, tanto desde sus implicancias normativas como desde la perspectiva doctrinal y una mirada crítica de estas instituciones, sobre todo cuando se insiste en un reformismo constitucional incontrolado, así mismo, apelando a la reelección presidencial como figura problemática para la democracia, particularmente en el caso colombiano. Se pretendió pues hacer esta descripción, poniendo el énfasis en la división de poderes.

Palabras clave: División de poderes; Garantías constitucionales; Derechos; Argentina; Colombia;, Sistema Interamericano; Reforma constitucional; Reelección.

---

* Abogado de la Universidad de Manizales, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, estudiante del Doctorado en Formación en Diversidad de la Universidad de Manizales, docente investigador con diez años de trayectoria en la Universidad de Manizales. Conjuez del Tribunal Administrativo de Caldas; *e-mail*: [rodrigogiraldoquintero@hotmail.com] o [rgiraldoq@umanizales.edu.co].

Abstract

This article tries to describe some constitutional guarantees that are common to the States of Colombia and Argentina, trying to explain some characteristics that explain the operation of these rights in both South American countries, as much from their normative implications as from the doctrinal perspective and a critical eye Of these institutions, especially when insisted on uncontrolled constitutional reformism and on appealing to presidential reelection as a problematic figure for democracy, particularly in the Colombian case. This description was then intended, with emphasis on the division of powers.

Keywords: Division of Powers; Constitutional Guarantees; Rights; Argentina, Colombia, Inter-American System; Constitutional Reform; Reelection.

Fecha de presentación: 25 de julio de 2016. Revisión: 18 de agosto de 2016. Fecha de aceptación: 12 de septiembre de 2016.

I. Algunas consideraciones sobre las garantías constitucionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Argentina

Cuando se habla de garantías constitucionales, ello no sólo tiene que ver con el derecho constitucional sino también procesal (debido proceso). Así las cosas, además de las garantías constitucionales clásicas –amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.–, que se han incluido en la reforma constitucional de 1994 –art. 43 Constitución de la Federación Argentina–. El concepto de garantías constitucionales no tiene que ver con el de garantías procesales, entonces, ¿qué es una garantía? es "el remedio procedimental apto para la protección de un derecho"[1].

En Argentina, la acción de amparo puede ser individual o colectiva y el *habeas data* busca la protección de datos personales, el *habeas corpus* es la prohibición de estar retenido sin causa que lo justifique

1 Humberto Nogueira Alcalá. "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1, 2007, pp. 75 a 134, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100005].

u orden judicial previa. Estas garantías constitucionales están consagradas en la reforma constitucional argentina de 1994, otras garantías existentes desde la Constitución de la Confederación Argentina de 1.º de mayo de 1853[2] son las garantías penales consagradas en el artículo 18; en el artículo 19 aparecen los principios de *reserva* y de *legalidad.* Estos principios se refieren a la siguiente máxima: "que las acciones privadas de los hombres de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública y que no perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentos de los magistrados, lo que en otras palabras significa que todo lo que no está prohibido por ley está permitido"[3]. Ahora bien, aquello que está prohibido tiene que estar expresado por ley formal deliberada colectivamente y decidida por el Parlamento.

Entonces, todo esto de las *reservas* tiene que ver con el debido proceso, derecho que tiene antecedentes en el derecho continental europeo y en el anglosajón, y la forma de garantizar ese derecho, tiene que ver con la *tutela judicial efectiva* en Latinoamérica y el *Due process of law* en el derecho anglosajón, asociado al adagio *his day in Court* (su día en la Corte), que ejemplifica el paso de ciudadano a procesado. Estos principios comienzan en Estados Unidos en 1803 con el caso *Marbury vs. Madison*[4] decidido por el juez John Marshall[5] que se convierte en un hito fundacional del *control constitucional* en el mundo, en similar sentido, en 1868 en este país, se produce la enmienda 14 después de la Guerra Civil norteamericana y posterior a la enmienda 13 que habría abolido la esclavitud.

En Latinoamérica en 1969 se aprueba el Pacto de San José de Costa Rica[6] y tiene implícitas garantías constitucionales como el am-

---

2 Disponible en [http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf].

3 Al tenor literal, dice la Constitución Argentina que: Art. 19.- "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Constitución de la Federación Argentina, Disponible en [http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf].

4 U.S. Supreme Court, 5 U.S. 137 (1803), disponible en [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html].

5 Germantown, 24 de septiembre de 1755-Philadelphia, 6 de julio de 1835.

6 Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviem-

paro (art. 25) y las garantías judiciales (art. 8.º). También se deben tener en cuenta las garantías institucionales tales como: de la división de poderes; de la seguridad jurídica; y de la democracia.

Otro aspecto trascendental a tener en cuenta es que las convenciones no son declaraciones, porque una cosa es el decir o enunciar los derechos, entonces se habla de garantías porque es la forma como se garantizan los derechos. La importancia de la norma está en su certeza, que se pueda sancionar, que se pueda hacer efectiva, al respecto, Kelsen señalaba que: "Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en las cuales, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos. Aquí se ve claramente que la norma que establece: "No debes matar" es superflua, si existe una norma válida que establezca que: "Quien mate, sería sancionado penalmente"; que el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción o bien, obliga a determinada conducta en cuanto enlaza una sanción a la conducta contraria"[7].

El concepto es claro, se trata de garantizar un derecho y no es posible entender un derecho sustantivo sin su correlato de orden procesal, *no taxation without representation* (no puede haber impuesto sin representación). Esto último, se refiere al garantismo que evoluciona en Inglaterra, en Francia se da de manera abrupta, de un día para otro, esto se puede deber a que los ingleses son más pragmáticos, es decir, que para ellos son más importantes las garantías como el *habeas corpus* por ejemplo que los propios derechos sustanciales. Otro tanto sucede con las diecisiete enmiendas de la Constitución de Filadelfia de 1787[8].

En Francia cuando se hablaba de soberanía en realidad se hacía mención al soberano, no obstante, después de la Revolución Francesa[9]

---

bre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

7 HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, 15.ª ed., ROBERTO VERNENGO (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 67-68.

8 Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787, disponible en [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf].

se dice que el ejercicio de la soberanía está en el pueblo y esto genera problemas. Se comienza a hablar de *democracia directa* a partir de los postulados de Jean-Jacques Rousseau[10] y de *democracia indirecta* con Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu[11], la evolución del derecho público es relativamente joven, tiene unos 200 años, mientras que el derecho privado tiene unos dos mil.

El racionalismo viene a dar la idea que las vidas de las personas pueden ser guiadas por una hoja de papel y que ello es lo mejor para todos, se parte de la ficción del *contrato social* y de allí la idea del garantismo, y entonces el Estado tiene que asegurar la libertad.

Ahora bien, las garantías deben ser entendidas en sentido estricto porque de lo contrario todo podría ser una garantía. En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el asunto de las garantías se desarrolla con precisión en las Opiniones Consultivas ocho y nueve (es importante tener en cuenta que hay países que obedecen a la Comisión –incluso a veces lo hace Estados Unidos– y otros que obedecen a la Corte). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos nace de la Declaración de Bogotá, de allí surgen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración de Bogotá no es norma, según Hans Kelsen lo que no tiene sanción no es norma jurídica, es por ello que afirma: "Una ley penal puede contener la proposición: "El hurto será castigado con prisión". El sentido de esta oración no consiste, como su tenor literal pareciera mostrarlo, en enunciar algo sobre un acontecer fáctico, sino que es una norma: una orden o una autorización para que el hurto sea castigado con prisión"[12].

Todos los países latinoamericanos aceptan la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *a contrario sensu*, sólo algunos aceptan la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si se trata de un particular o grupo de interés, es necesario asistir primero

---

9 Asamblea Nacional, Versalles, 5 de mayo de 1789-Golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, 9 de noviembre de 1799.

10 Ginebra, 28 de junio de 1712-Ermenonville, Francia, 2 de julio de 1778.

11 La Brède, Francia, 18 de enero de 1689-París, 10 de febrero de 1755.

12 Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 21.

a la Comisión, en cambio, si se es un Estado se debe ir primero a la Corte quien dicta Opiniones Consultivas con el carácter de sentencias. A la fecha, Estados Unidos, Venezuela y Nicaragua no cumplen estas *Opiniones* (fallos). Dicta muchas más sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, la profesora MÓNICA PINTO señala lo siguiente:

> Todo el sistema normativo internacional de derechos humanos, universal y regional, reposa sobre la base del reconocimiento de derechos protegidos, cuyos titulares, son las personas físicas, que el Estado debe respetar y cuyo libre y pleno ejercicio debe garantizar.
>
> Es en este orden de ideas que todo el menoscabo a los derechos humanos que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos del derecho internacional de los derechos humanos.
>
> Además, "la razón que, en definitiva, explica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como en el caso de la CIDH, obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por tales agentes u órganos estatales"[13].

Y más adelante agrega:

> En lo pertinente al agotamiento de los recursos internos para poder acceder al SIDH es menester indicar que este requisito no se refiere en exclusiva al cumplimiento formal sino también a la idoneidad de los procedimientos ofrecidos por el Estado para el cumplimiento de los derechos humanos. Sobre este aspecto se pronuncia MÓNICA PINTO:
>
> "De esta suerte, las disposiciones de la Convención no solamente refieren a los recursos ordinarios, sino también al *habeas corpus*, al amparo y otras garantías que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno,

13 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina OEA/Ser.L/V/II.49 doc.19, 11 de abril de 1980, p. 29. MÓNICA PINTO. *La denuncia ante la Comisión interamericana de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 39 a 40.

además de prohibir la suspensión de las garantías judiciales durante los estados de excepción.

A nivel consuetudinario, el panorama no difiere sustancialmente del reseñado, ya que los artículos xviii, xxv y xxvi de la Declaración Americana enuncian los mismos derechos y obligaciones.

En este orden de ideas, los principios de derecho internacional generalmente reconocidos no sólo se refieren a la existencia formal de los recursos internos sino también a que ellos sean adecuados –que tengan idoneidad para proteger la situación jurídica infringida– y eficaces, que sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos.

Consecuentemente, el agotamiento de los recursos internos no debe entenderse como la necesidad de efectuar, mecánicamente, trámites formales, sino que debe analizarse en cada caso la posibilidad razonable de obtener remedio"[14].

Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos a saber: La Opinión Consultiva OC 08/87[15] manifiesta que no se pueden suspender ciertos derechos como el amparo y el *habeas corpus* (art. 27 cadh). La Opinión Consultiva OC 09/87[16] aclara el alcance y el pronunciamiento de la cidh sobre el *habeas corpus* y el amparo.

A propósito de las Opiniones Consultivas recién citadas, es claro que un derecho sin una acción no se puede optimizar. Los derechos económicos, sociales y culturales en muchos países no tienen cómo optimizarse precisamente porque no tienen sanción, por eso, el asunto con las generaciones de los derechos humanos; siendo los fundamentales los de primera generación con carácter subjetivo, también conocidos como derechos civiles y políticos como derechos de abstención y libertad, los derechos económicos sociales y culturales desarrollados con el carácter de prestacionales y de igualdad y los de tercera generación como derechos de participación y solidaridad, no es un asunto de fundamentación sino de garantía y protección.

---

14 Ibíd., pp. 60 a 61.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de enero de 1987, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf].

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de octubre de 1987, disponible en [http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/Consultiva%209.pdf].

Según algunas posturas del socialismo, la primera generación está constituida por los derechos económicos sociales y culturales, teniendo en cuenta las luchas obreras y sindicales y partiendo de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– de 1918, aunque este argumento es interesante, desde el punto de vista de la evolución de los derechos, las declaraciones de derechos liberales son muy anteriores al desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales, hay quienes creen que esas discriminaciones dependen del desarrollo y de la evolución legislativa, porque son asuntos de justicia distributiva, los marxistas por ejemplo, piensan que esto depende de la economía, diría ANATOLE FRANCE[17] que: "la ley en su majestad prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan"[18]. Hoy día, teóricos como ROBERT ALEXY hablan de la equidad de los derechos humanos.

Así las cosas, pareciera más plausible en tratándose de garantías constitucionales, no tanto hablar de derecho sustantivo sino de derecho procesal constitucional, "que es una rama del derecho que busca ganar autonomía científica"[19], tampoco es aislable el concepto de garantía del derecho internacional, toda vez que las garantías también dependen del cumplimiento de ciertos compromisos internacionales.

Ahora bien, todo depende de la hermenéutica constitucional que comienza después de la Segunda Guerra Mundial[20]. No se trata de una excesiva acumulación de poder. Es por ello, que el poder debe dividirse, este principio estará en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, específicamente en el artículo dieciséis: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución"[21].

---

17 ANATOLE FRANÇOIS THIBAULT, Paris, 16 de abril de 1844-Saint-Cyr-sur-Loire, Francia, 12 de octubre de 1024, escribía con el seudónimo de *Anatole France*.

18 Disponible en: [https://www.brainyquote.com/es/citas/anatole-france_106266].

19 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina", en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 1, 2009, pp. 13 a 58, disponible en [http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art02.pdf].

20 1.º de septiembre de 1939-2 de septiembre de 1945.

21 Disponible en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

Esto es una garantía institucional, la división de poderes es la garantía más importante de todas, esto no se ha discutido en 150 años, sin embargo, los franceses –como creadores del principio– van a fracasar porque no van a hacer el tránsito del principio de legalidad a la supremacía constitucional.

Lo novedoso de la Constitución de Filadelfia es su consagración de un amplío plexo de derechos fundamentales y la claridad en el manejo del concepto de división de poderes con delimitación del poder judicial, antes había administración de justicia pero no como poder independiente, después de *Marbury vs. Madison* que decidió el juez Marshall se fortalece el concepto de supremacía normativa de la Constitución.

El principio de legalidad está ligado al concepto de división de poderes, la ley debe ser la expresión del consenso, del debate, de acuerdos no impuestos por decretos. La *ley formal* es la que vale para defender los derechos fundamentales (la ley material no vale), porque es fruto de la discusión parlamentaria, sólo ante esta ley *se puede ser esclavo*, esto es lo que diferencia un sistema republicano de uno que no lo es, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce este principio que también aparece en el artículo 14 de la Constitución Federal Argentina ya citada.

A contrario sensu, los decretos delegados no son consensuados, ahí comienzan los problemas, las arbitrariedades y las dictaduras.

Otra garantía importantísima es la garantía constitucional de la democracia, ella hace parte del *corpus iuris* de las competencias interamericanas. La Carta de la Organización de Estados Americanos[22]

22 A-41, reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp].

es de 1948 y se presenta en virtud al poder soberano de los Estados que viene con la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya citada, en 1992 surge el Protocolo de Washington[23] que prevé la posibilidad de exclusión de un Estado miembro.

En Quebec en 2000 y en Lima el 11 de septiembre de 2001[24] se incorpora la Carta Democrática Interamericana y no con carácter de *soft Law* (derecho blando). Es así como en los artículos 19, 20 y 21 se presentan otros instrumentos de integración regional (p. ej., en el Mercosur en 1991 y en la Unasur en 2010).

Supuestos de la cláusula democrática:

Coup de état. Se refiere al golpe de Estado o el derrocamiento del régimen democrático por la fuerza.

Ruptura del orden democrático.

La alteración del orden constitucional: Se refiere a la *erosión institucional* y se parte del supuesto planteado por los artículos 19, 20 y 21, entonces, primero se agota la diplomacia y el procedimiento se continúa con la denuncia de un Estado miembro o del Secretario de la OEA, se hacen las negociaciones con los representantes de los Estados, se convoca a una Asamblea Extraordinaria y esa asamblea discute la expulsión de uno de los 34 Estados Miembros (se necesita de una tercera parte de los votos de estos miembros para perfeccionarse la expulsión, mínimo 23 como mayoría agravada). La expulsión implica la suspensión temporal hasta que se restablezca el orden democrático (el único expulsado hasta la fecha ha sido Cuba).

---

23 Protocolo de reformas a la carta de la OEA (A-56), adoptado en Washington D. C., el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-56_Protocolo_de_Washington.htm].

24 Disponible en [http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm].

La oea no es similar al Consejo de Seguridad y no se tiene poder de veto de ningún Estado, esto se explica en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 27). Sin embargo, lo que queda en incertidumbre es si existe un derecho a la democracia. Al respecto, Dante Mario Antonio Caputo y Arend Liphart dan algunas pistas del significado de la democracia desde lo sistémico en América Latina, en el siguiente apartado se tratará de dilucidar el problema de la división de poderes y, por ende, del ejercicio de la democracia en Colombia.

II. La Constitución política de Colombia de 1991 que se requiere y el frágil concepto de división de poderes

Para 1991, la sociedad colombiana requería profundos cambios institucionales, así las cosas, una Constitución política y nacional se convertiría en un requerimiento histórico, político e institucional para Colombia de impostergable procedencia. No obstante, a la perentoriedad e inmanencia de los cambios que se requerían, la Constitución no surgiría con la normalidad de las Constituciones democráticas, es decir, como construcción y bajo la convocatoria del constituyente primario con la estricta vigilancia del pueblo, al contrario, la Carta fundamental encontraba su génesis en lo que el constitucionalista alemán Ferdinand Lasalle denominaría acertadamente: "Los factores reales del poder", pues la clase gobernante colombiana consideró desde su panóptico institucional un cambio *profundo* de la Constitución de 1886 y sus vetustas ortodoxias, ya no se pensó en reformar el anticuado texto y darle algunos visos de control de constitucionalidad a las leyes, como se intentaría con el Acto Legislativo 03 de 31 de octubre de 1910[25], pues claramente de lo que se trataba en el momento, era de sustituir la antigua Constitución y convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, que como se sabe no fue constituyente sino constitucional.

---

25 *Diario Oficial*, n.º 14.131, de 31 de octubre de 1910, disponible en [http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559].

Así, llegaba el momento de dar a las instituciones colombianas un reflejo mucho más democrático y coherente con los movimientos y Constituciones ya instaurados en las grandes civilizaciones contemporáneas. Entonces, la Constitución italiana de 1947, la alemana de 1949, la portuguesa de 1976 y la española de 1978 –entre otras– se marcaban como el derrotero de lo que debía contener la Constitución de 1991, en últimas, lo que se ha considerado como Estado social de derecho. Finalmente, se hace el gran acuerdo y en sede constituyente (mejor decir constitucional) los más diversos y antagónicos sectores de la sociedad colombiana, en ejercicio de lo que ha sido considerado como la aproximación más interesante en Colombia a lo que significa la democracia directa –casi que roussoniana– sin precedentes en nuestro país, logran pactar el texto que hoy día nos rige. En ese contexto, el nuevo documento que se erigía como esperanza, debería representar todos los intereses nacionales, no sólo de quienes fungieron como representantes de los más disimiles sectores políticos y económicos, sino también de la inmensa mayoría de colombianos, fue precisamente allí donde se pecó por inocencia, desconociendo las más elementales leyes de la sociedad y partiendo de la ingenua idea de un consenso entre sectores históricamente enfrentados, no obstante, así surgiría la Constitución colombiana, bajo un acuerdo que parecía imposible por la falta de identidad de los sectores que hicieron parte de la construcción del documento, es así como los sectores *diversos* plasmaron sus ideas en la Constitución del 91, es por eso que la Constitución colombiana contiene un amalgama de contenidos que expresan los debates y la dialéctica propia de las contradicciones de los sectores intervinientes en sede de asamblea constitucional y de allí, que el contenido de la Constitución del 91 contenga entonces prístinas conquistas democráticas en sus primeros artículos (como los derechos fundamentales, p. ej.) y a renglón seguido una serie de artículos en materia económica que dan cuenta de las políticas aperturistas y neoliberales que conjugan mucho de lo que sectores como el liderado por el ex presidente Cesar Augusto Gaviria Trujillo[26]

26 Pereira, 31 de marzo de 1947-, 55.º Presidente de Colombia, del 7 de agosto de 1990 al 7 de agosto de 1994.

impulsaban también en aquel entonces, dando la importancia y vigencia de lo que sería la hoy Constitución Política de Colombia.

Si bien es cierto que la Constitución no es sino el reflejo de lo que se es como nación, también es cierto que endilgarle todos los males de la sociedad a la misma se puede tornar injusto y desproporcionado, pero lo que sí es claro, es que la Constitución colombiana no ha sido un instrumento de resistencia a las políticas aperturistas, al contrario, muchas veces le ha servido de filtro a las mismas para desarrollar toda clase de oprobios en contra de quien debería ser objeto de sus actuaciones, es decir, del constituyente primario. Sin embargo y pese a eso, la Constitución en Colombia se ha venido convirtiendo en una herramienta indiscutible para resolver las patologías sociales cotidianas y comunes en el país; la creación de la Corte Constitucional y el mecanismo de la acción de tutela han sido verdaderas tablas de salvación e instrumentos para garantizar los más elementales derechos ciudadanos, por eso, el querer cambiar esas prerrogativas y derechos o pretender modificar el contenido esencial democrático, no deja de ser paradójico, porque mientras se pretenda la sustitución de la Carta política por vía de reforma constitucional para adelantar la reelección –por fortuna hundida por la Corte Constitucional e historia que se espera no se repita–, el otro contenido económico que sustenta las políticas neoliberales permanece sempiterno, es allí precisamente, donde el debate con el asunto de la reelección (ya revisado en la Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005[27] y otras que le siguieron) se hace caro a la supervivencia de la institucionalidad y al matiz de Estado constitucional que los colombianos mismos han dado en bautizar al Estado en el artículo 1.° de la Constitución Política, autodenominado bajo la cláusula de Estado social y democrático de derecho con división de poderes.

Lo cierto entonces es que antes de la Sentencia C-1041 de 19 de octubre de 2005[28] que podía aletargar en el poder al ex presidente

---

27 MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, disponible en [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm].

28 MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas

Álvaro Uribe Vélez[29], se llegó a pensar que el papel de la Constitución Política sería obsoleto y no tendría asidero en un ordenamiento cuya democracia parecía estar herida de muerte. No obstante, el fallo erigió marcadas talanqueras en relación con las pretensiones de perpetuidad en el Gobierno y la administración del Estado colombiano que tenía Uribe Vélez. Sin embargo, los actuales acontecimientos sociales, políticos y jurídicos en Colombia (como los falsos positivos, el conflicto armado y los episodios de corrupción) denotan graves peligros para los lineamientos de carácter democrático que pretendidamente se le ha dado a la sociedad colombiana. El Estado colombiano nunca ha estado salvaguardado contra las pretensiones de romper con la tradicional conquista liberal de la tridivisión de poderes públicos planteada a mediados del siglo xviii por Montesquieu y en general, de reivindicar toda una tradición jurídica que ha sabido copiar los logros democráticos y en materia de Estado social de derecho de naciones civilizadas y ejemplos de democracias, como lo son Inglaterra, Francia o Estados Unidos de América.

En todo este escenario, definir el papel de la Constitución colombiana y la división de poderes implicaría decir, en primer término, que plantea el panorama de acuerdo con el planteamiento de Lasalle –es de insistir en este postulado– cuando afirmaba en su libro ¿Qué es una Constitución? que aquel texto era una simple "hoja de papel dependiente de los factores reales de poder"[30] (ejército, burocracia política y grupos económicos), quizás lo que desean muchos sería precisamente lo contrario, es decir, una Constitución que no dependiese de esas fuerzas que tradicionalmente han hecho de la Constitución y del Estado un eje preponderante en la división del poder, donde el Ejecutivo avanza sobre los otros dos poderes (Legislativo y Judicial), algo así como lo que denominaba Friedrich Wilhelm Nietzsche al hablar del Estado, es decir, *un monstruo frío.*

Hernández, disponible en [https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43623950?_ga=2.170792480.1432068098.1499701088-2120563187.1499701088].

29 Medellín, 4 de julio de 1952-, Presidente de Colombia en dos períodos consecutivos del 7 de agosto de 2002 al 7 de agosto de 2010.

30 Ferdinand Lasalle. *¿Qué es una Constitución?*, disponible en [www.elaleph.com], 1999.

Al contrario de todo el pesimismo esgrimido hasta acá, se desea una Constitución más apropiable por los ciudadanos y no solo por los medios de comunicación para dar cuenta de la *cosa política*, una Constitución que realmente dividiera poderes con carácter instrumental y no en lo simbólico, una Constitución que tuviese alcances fácticos y materiales mucho más plausibles que los que tiene con dos grandes avances sin duda como lo son la acción de tutela y la creación de la Corte Constitucional. Es decir, una Constitución que sea mucho más que *una hoja de papel*, que sirva de control a las pretensiones del gobernante de turno de ejercer un Gobierno perenne, donde se respete el Estado de derecho y no se llene éste de subterfugios o abstracciones que alienten *estados de opinión* promovidos por el populismo que refleja la falta de cultura y de educación del pueblo.

Es más viable una Constitución un poco más rígida que impida el reformismo constitucional cada cuatro o cinco meses, por el capricho del órgano –Congreso– que debería ser el ejemplo más sublime del respeto al principio democrático, es decir, es más plausible una Constitución que sea respetada, pero también criticada, para poder mejorarse de buena fe y no a conveniencia, una Constitución que sirva de filtro y esperanza para el desarrollo de una "democracia", cuya sociedad ha sido golpeada por años de violencia, pobreza, exclusión y marginalidad.

No puede ser posible en términos de democracia, una texto que mediante *articulitos*, propicie controles concentrados en un solo órgano del poder público, es decir, una Constitución de todos y no al beneficio de tiranías o dictaduras que otrora fueron el origen de nefastos modelos políticos y económicos al servicio del totalitarismo, tales como el nacionalsocialismo alemán o el fascismo italiano. Es más conveniente una Constitución rígida como lo es la de Queretaro de 1917, la de Weimar de 1919, la italiana de 1947, la Ley fundamental de Bonn de 1949 o la sudafricana de 1999 para sea un camino para encontrar la reconciliación entre los colombianos y que sea brújula para la tan anhelada paz, sabiendo que esto sólo es posible bajo la concepción de inclusión, trabajo y respeto por la vida.

Ahora bien, una Constitución en este contexto requiere sociedades educadas, lo que implica menos pobreza, asunto que solo se logra bajo una nueva mirada al pernicioso modelo económico que hoy

se desarrolla y que se denomina a manera de sofisma de distracción, neoliberalismo.

Es deseable como sociedad una Constitución que además de todo lo dicho, no sea sólo esperanza o aspiración u ornamento teórico, es decir, una Constitución que no sea solamente poesía sino realidad, una Constitución donde no solo se fundamenten los derechos humanos sino también –como lo diría Norberto Bobbio *en el tiempo de los derechos*– donde los mismos se garanticen, así las cosas, se requiere una Constitución que vaya más allá de la filantropía e involucre la materialidad. Una Constitución que no sea utopía sino vivencia, una Constitución que con independencia de los fenómenos socio políticos funcione con respeto a sí misma y al propio Estado de derecho y la división de los poderes, una Constitución que sea apropiable por todos los ciudadanos, donde las cortinas de humo que ciernen las incomprensiones y los tecnicismos de la aristocracia jurídica se despojen y dejen de hacerle el juego a la antidemocracia, donde el Poder Ejecutivo respete la división de poderes y no se entrometa en los asuntos de la justicia o la deliberación pública.

Es deseable una Constitución donde el asunto de las minorías no tenga que resolverse mediante revoluciones violentas como ocurrió en sociedades agrarias y campesinas como México (Revolución de 1910) o Rusia (Revolución de 1917). Es decir, una Constitución que no permita que se reivindique por medio de las armas lo que no se ha podido resolver mediante el discurrir normal que tiene el derecho y la "justicia", una Constitución que permita "que el Gobierno obedezca y el pueblo mande" como lo sugieren los zapatistas mexicanos, una Constitución que le de techo a quienes no lo tienen y que construya casas de verdad y no donde impere el cartón.

Una Constitución rígida donde se respeten las reglas de juego en tanto poderes divididos y autónomos, esto es, que no sea asumida por la gente bajo la ilusión de que todo lo puede y que es la responsable de todo lo bueno o de todo lo malo.

En este marco se requiere una sociedad que no entienda que la Constitución en particular y el derecho en general son la solución a todos los problemas del país, una Constitución que permita despojar la ingenuidad y la creencia de que el texto es un fetiche o un elemento salvador, en este contexto se requiere una Constitución pedagógica

que sea entendida como lo que es, es decir, un texto que no es incluyente o excluyente, sino un simple texto que como cualquier otro, tiene incoherencias y vacíos.

Lo que diferencia la democracia de cualquier otro sistema de Gobierno es que tiene un texto constitucional escrito o no, es la clara delimitación en cuanto a las decisiones que asume el Estado entre aquellos que mandan y aquellos a quienes les corresponde obedecer, es decir, que a mayor grado de participación ciudadana en las decisiones que asumirá el Estado, pues más legitimidad tendrá el mismo, así se configura la democracia participativa y se garantiza la división de poderes, ya que los representantes son apenas el constituyente derivado o constituido, lo que indica, que si bien sus decisiones son legítimas, no necesariamente guardan estrecha correlación con el principio democrático, que se entiende adecuado a las decisiones donde la participación ciudadana se hace evidente, no obstante, las mayorías no confluyen plenamente en el principio democrático, el cual se estima ajustado a un Estado social y democrático de derecho, siempre y cuando las minorías sean insertadas al debate como tal, cosa que denota que este tipo de mecanismos ciudadanos, pese a ser en teoría muy garantistas no lo son tanto, la muestra de esto radica en que la mayoría de convocatorias a referendos fenecen en algunas de las etapas antes desarrolladas y son muy pocos los que llegan a feliz conclusión, entre tanto, que mediante actos legislativos en cada legislatura, se introducen cualquier cantidad de leyes que no necesariamente son beneficiosas para la población colombiana en general, se requiere entonces una Constitución que sea filtro para resolver estos asuntos, donde la división de poderes sea realmente división y no manguala, que los representantes de los poderes no se pasen al teléfono.

Lo cierto es que en las democracias actuales, predomina la idea del control constitucional por parte de un tribunal o una corte, en Colombia dicha labor recae en la Corte Constitucional como intérprete de esa Constitución que a los demócratas tanto gusta, por tal, en las discusiones en relación a ésta, favorece el entendido de un control constitucional donde se discute si éste es jurídico o político, pues en estos años y por el movimiento de los acontecimientos con un poder legislativo inmisericordemente –pero con razones de sobra– desprestigiado, es impensable un control político de la Constitución, en este

sentido, las dudas sobre la transparencia en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional se hace pertinente para alcanzar la Constitución que se requiere, precisamente por la inmanencia de dicho organismo con el sistema democrático y con el fin de evitar un control político en manos ociosas.

Según los planteamientos realizados, se deja sentada como idea la importancia de que el control constitucional siga siendo tarea de un tribunal autónomo que vigile y guarde la supremacía de la Constitución. Pese a lo dicho, no es dado a la ciudadanía y al pueblo en general como poder constituyente principal, arrojar por saco roto la duda y la capacidad de discernimiento sobre cualquier tipo de poder, incluido el de las altas cortes y poderes judiciales en general, como tampoco olvidarse de las ejecutorias del Ejecutivo y de un Legislativo que con desmedro de lo que deberían de ser sus sanas y éticas actuaciones, no responde al ideal de Estado social de derecho.

Sin embargo, esté somero análisis no puede ser entendido sin el examen que requiere cada caso particular y cada funcionario *sui generis*, por tal, no caer en el error o engaño de que como las instituciones carecen de credibilidad, en ese entendido, deberían ser cerradas y clausuradas, lo que de contera acabaría con un mal necesario, –si se quiere–, como es la democracia. Por todo lo dicho, se requiere una Constitución que defienda su posición jurídica y de supremacía sobre cualquier órgano político, pero también, un texto constitucional, que prohíba el cambio de modelos sociales a sistemas solidarios, pues de ello dependerá el éxito de las estructuras jurídicas, porque la pérdida de civilidad y razonamiento puede dar al traste con tiranías que no se quisieran vivir, lo que significaría que la mejor de las democracias pueda terminar convirtiéndose en la peor de las dictaduras, análisis no exagerado para aquellos que se han detenido a estudiar los trágicos precedentes de modelos dictatoriales en América Latina, en este sentido, es mucho más conveniente una Constitución rígida que una Constitución flexible y sistemáticamente violada.

Es más plausible una Constitución que prohíba la intromisión del Ejecutivo, más aún, cuando de manera peligrosa y una vez más, recurriendo al poder mediático, deje como postulado único que un ataque al poder de Gobierno es en sí una andanada en contra del país y el resto de sus gentes, recordando los tiempos de las monarquías y de

soberanías absolutas donde una opinión contra el rey se traducía en desmedro también del Estado.

Ante estos espectros, las dudas continúan pero las realidades son para vivirlas, enfrentarlas y superarlas; seguramente, la obnubilación de la guerra y la sonada *crisis* política y económica, son fenómenos suficientes para la descomposición política de una nación y de un Estado con Constitución incluida, pero mientras siga vigente la crítica, la intelectualidad activa, los movimientos sociales y el derecho constitucional no auspiciador, sino contestatario y vigilante, no queda la menor duda, que habrá esperanza para salir del limbo con la Constitución que las mayorías anhelan.

Es necesaria una Constitución que no genere impaciencia en los ciudadanos sino que los llene de expectativas, una Constitución que se asimile como un instrumento o herramienta y al propio derecho como ciencia instrumental, es decir, no percibir la Constitución como el objeto que soluciona todos los problemas. Una Constitución que permita consistencia en el momento de alcanzar acuerdos políticos con relación al texto constitucional y la interpretación a partir de su redacción –p. ej., en relación a cuál es la clasificación de las leyes o la figura de la descentralización–.

Es necesaria una Constitución más estudiada por los congresistas y los operadores jurídicos que por tradición han funcionado con base a la exegesis. Ahora bien, una Constitución más deseable sería aquella que tuviese sus propias instituciones jurídico constitucionales, según las necesidades de los pueblos y no aquella que copia figuras foráneas inútiles, como es el caso de la moción de censura con la cual se han pretendido juzgar políticamente ministros del despacho, donde todos han sido absueltos aún con demasiadas pruebas en su contra como para pensar que nada hicieron –caso de agro ingreso seguro y las ejecutorias del ex ministro Andrés Felipe Arias Leiva– una Constitución rígida entonces, es una cuya doctrina y jurisprudencia no permite confusiones o vacíos, una donde los términos con sentido teleológico no propicien ambigüedades o ductilidades, una cuyas frases no sean redundantes o utilizadas a conveniencia, como es el caso del concepto de soberanía.

Las Constituciones rígidas propician un constitucionalismo serio, no el que suple la interiorización moral de los individuos o pre-

termite las normas de ética social, se requiere una Constitución que no reemplace el papel de la familia o la escuela, no se necesita una Constitución cuyas normas recuerden lo que en construcción de tejido social y humano es apenas obvio, no es pues tarea del derecho entrar a normar la moral o las buenas costumbres para después lamentar un superávit o esclerotización normativa, en otras palabras, que la Constitución sea el fetiche que soluciona inclusive problemas personales.

Se requiere entonces una Constitución muy sencilla y reducida en derechos, pero cuyo cumplimiento sea satisfactorio y pleno, una que cumpla su principal función de limitar y dividir el poder y otorgar espacios de libertad al individuo y no de corrupción, una que cuando hable de Estado social de derecho y democracia, se refiera a salud, trabajo y educación, una que permita saldar los debates entre economía y ética en favor de lo segundo, una que se entendiera en sentido literal y no que se malinterpretase según el gobernante de turno, una que más que *miedos, angustias y resentimientos*, sea realidades y garantías, una que no sea el ejercicio del poder político sino del poder ciudadano.

Conclusión

En el transcurso de las páginas que se han escrito en este trabajo, primero, se ha hecho un breve esbozo sobre el contexto de las garantías constitucionales en América Latina, en especial en Argentina. Segundo, se ha escrito acerca de la problemática que se ha suscitado en Colombia con la garantía constitucional de la división de poderes y la *cláusula democrática*, de manera específica, a partir del fenómeno de la reelección presidencial y el reformismo constitucional de la Constitución Política de Colombia de 1991, dando algunas opiniones personales y apreciaciones del autor de lo que debería ser el respeto por dichas garantías que no ocurren en Colombia.

Bibliografía

aa. vv. *Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

Acto Legislativo 03 de 31 de octubre de 1910, *Diario Oficial*, n.º 14.131, de 31 de octubre de 1910, disponible en [http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559].

Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho procesal constitucional a inicios del siglo xxi en América Latina", en *Estudios Constitucionales*, año 7, n.º 1, 2009, pp. 13 a 58, disponible en [http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art02.pdf].

Nogueira Alcalá, Humberto. "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1, 2007, pp. 75 a 134, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100005].

Bernal Cuéllar, Jaime (coord.). *Estado actual de la justicia en colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Externado, 2003.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Carbonell Miguel. *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003.

Carta de la Organización de Estados Americanos, A-41, disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp].

Carta Democrática Interamericana, Lima, 11 de septiembre de 2001, Disponible en [http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm].

Caso *Marbury vs. Madison*, U.S. Supreme Court, 5 U.S. 137 (1803), disponible en [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html].

Constitución de la Federación Argentina, Disponible en [http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf].

Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787, disponible en [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf].

Constitución política de Colombia de 1991, disponible en [http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf].

Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, disponible en [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1041 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, disponible en [https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43623950?_ga=2.170792480.1432068098.1499701088-2120563187.1499701088].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 08/87, 30 de enero de 1987, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 09/87, 6 de octubre de 1987, disponible en [http://www.justiciaviva.org.pe/jurispu/Consultiva%209.pdf].

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Disponible en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, 15.ª ed., Roberto Vernengo (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, disponible en [www.elaleph.com], 1999.

López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Bogotá Legis, 2000.

Pinto, Mónica. *La denuncia ante la Comisión interamericana de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Protocolo de reformas a la carta de la oea (A-56), "Protocolo de Washington" adoptado en Washington D. C., el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-56_Protocolo_de_Washington.htm].

Sáchica Aponte, Luís Carlos. *Derecho constitucional general*, Bogotá, Temis, 1999.