

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991: BALANCE DE 20 AÑOS

María José Fariñas Dulce

Catedrática Acreditada de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Constitucionalismo moderno *versus* constitucionalismo latinoamericano

Las Constituciones nacionales desarrolladas en el último siglo en Latinoamérica no se pueden comprender plenamente sin hacer referencia a las respectivas historias de cada país. Sin embargo, cada una de ellas es parte de una historia más compleja y transnacional, que afecta al continente latinoamericano e, incluso, lo trasciende con dimensiones universales.

Desde hace dos siglos en diferentes naciones y continentes se llegó a la convicción de que para dotar de legitimidad a un sistema político era necesaria la elaboración de una Constitución. Un texto articulado, breve, con eficacia normativa directa, donde se establecieran las bases y la distribución del poder, con sus reglas sustanciales y formales, principios fundacionales y limitaciones, y donde se recogiera un catálogo de derechos humanos y libertades públicas con sus correspondientes garantías para los ciudadanos. Esta idea, transnacional y universal, ha servido para desarrollar con posterioridad el concepto del “constitucionalismo moderno”¹ que se podría remontar con la Revolución Francesa y la Independencia Norteamericana a finales del siglo XVIII. Ideas claves del “constitucionalismo moderno” son la soberanía popular, la separación de poderes y el control entre ellos, el principio de legalidad, la independencia del poder judicial, la estructuración de una administración pública transparente y al servicio de los ciudadanos y el reconocimiento constitucional de los derechos humanos como

¹ Véase Horst Dippel, *Constitucionalismo moderno*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

derechos fundamentales y libertades públicas, con los mecanismos jurídicos de garantía y efectividad de los mismos.

Durante la mayor parte del siglo XX, el constitucionalismo latinoamericano se ha ido desarrollando según los criterios del “constitucionalismo moderno”, pero casi siempre con un carácter nominal, lleno de grandes declaraciones, con un escaso o nulo desarrollo garantista y con graves dificultades de realización práctica. En las dos últimas décadas y con un predominio de políticas económicas neoliberales, paradójicamente los textos constitucionales aprobados en la región tienen una importante dimensión igualitaria, social y democrática. Los procesos constituyentes en Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia se han caracterizado por el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, superando la lista de los clásicos derechos fundamentales derivados de la Revolución Francesa. La característica común ha sido la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales, el reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas e indígenas y del pluralismo cultural y jurídico², así como el reconocimiento de los derechos medioambientales. En este sentido se trata de textos constitucionales muy avanzados en el reconocimiento de nuevos derechos, que surgen en un ambiente de repliegue neoconservador en la política y neoliberal en la economía. Las políticas neoliberales de privatizaciones masivas (en salud, sanidad y educación, fundamentalmente, y en recursos naturales) y de ajustes estructurales, junto con las estrategias globalizadoras de las grandes empresas transnacionales y de los organismos multilaterales en la región, han impedido o condicionado el normal desarrollo legal de aquellos mandatos constitucionales.

Presente y futuro de la Constitución colombiana de 1991

La Constitución colombiana de 1991 se elaboró con la expectativa de consolidar una “paz social” y una “convivencia civil” en el marco de una situación de conflicto social y armado, violencia política institucional y narcotráfico. En el proceso constituyente confluyeron los movimientos estudiantiles de finales de la década de los 80 (el movi-

² Los derechos de los pueblos indígenas han sido internacionalmente reconocidos en la *Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada en septiembre de 2007. El reconocimiento abarca no sólo el derecho a su lengua y cultura, a sus prácticas sociales y religiosas, a sus prácticas medicinales, a su relación con la tierra y la propiedad, sino también a sus normas de convivencia y a sus mecanismos de resolución de conflictos (ámbito de jurisdicción).

miento de la Séptima Papeleta) y la institucionalización de una parte de la insurgencia guerrillera (especialmente, la Alianza Democrática M-19). Ha sido calificada como la “Constitución de los Derechos” porque, junto a los derechos fundamentales clásicos, incorpora un amplio catálogo de derechos económicos, culturales y sociales propios del modelo del Estado de Bienestar europeo. Además, en el art 1 de la Constitución se define a Colombia como un “Estado Social de Derecho”. También ha sido calificada como una “Constitución ecológica o verde”, ya que el Capítulo 3 del Título II (arts. 78 a 82) recoge una extensa enumeración de acciones referentes a los derechos colectivos al medio ambiente, al uso de los espacios públicos y a la moral administrativa (en una clara alusión a la lucha contra la corrupción en todos los ámbitos de la vida pública). Y todo ello, con una importante serie de acciones y garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de los derechos, así como la consagración en el artículo 13 del principio de igualdad y no discriminación con eficacia normativa directa. Por último, reconoce derechos explícitos a las comunidades indígenas, afirmando la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano y la biodiversidad de su territorio. Contiene, en definitiva y sobre el papel, un importante impulso de republicanismo democrático y social. En contraste, desde el punto de vista económico la Constitución de 1991 es escasamente dirigista e intervencionista, salvo la mención a la función social de la propiedad privada contenida en el art. 58. Claro está, que si los derechos sociales, económicos, culturales y medioambientales plasmados en el texto constitucional se hicieran efectivos, el intervencionismo estatal en la vida social y económica sería necesario e imprescindible.

Sin embargo, y a pesar de ser un texto constitucional tan pionero en la incorporación de viejos y nuevos derechos, “el tiempo de los derechos”, parafraseando a Norberto Bobbio, no parece haber llegado todavía a la totalidad de la población colombiana. Esta sigue estando muy polarizada, con ciudadanos de primera, ciudadanos de segunda, y una amplia capa de población excluida e, incluso, prescindible. El aparato político-administrativo se sigue mostrando hostil y autoritario con respecto a la protección de los derechos, incluso impidiendo la extensión de los derechos de ciudadanía a gran parte de la población formada por comunidades de indígenas, afrodescendientes, campesinos, mujeres o sujetos desplazados forzosamente. La falta de desarrollo legal,

junto con la existencia de un aparato político-administrativo poco propenso a la defensa de algunos derechos básicos, ha sido suplida, durante estas dos décadas, por la labor llevada a cabo por la Corte Constitucional colombiana. A través de la “acción de tutela” prevista en la Constitución (art. 86), la Corte ha sido la verdadera garante de los derechos de los sectores más vulnerables de la población, especialmente de sus derechos laborales, económicos, sociales y culturales. Ha desarrollado una importante legislación garantista, que ha servido de pauta a seguir para otros Tribunales de la región, haciendo valer, con ello, que el garantismo es la otra cara del constitucionalismo³ y viceversa.

El gran desafío para el buen desarrollo constitucional en la región es la alarmante desigualdad social y económica, con la consiguiente fragmentación y polarización de la población. Una mala gestión de las desigualdades socioeconómicas desde las instituciones políticas y jurídicas puede llegar a legitimar cierto grado de incumplimiento jurídico y de desafección política, especialmente en los márgenes de la exclusión social. Cuanta más desigualdad existe en una sociedad, cuanto mayor es el número de pobres, marginados o excluidos, más difícil es construir el compromiso ciudadano con los derechos y los deberes, más difícil, por tanto, resulta alcanzar un grado óptimo de adhesión a las instituciones y de cumplimiento de sus normas. Éstas aparecen a los ojos de muchos como carentes de legitimidad. Si no existe un grado digno de igualdad material y de integración social, difícilmente se puede comprometer a la ciudadanía con los principios legales y democráticos. Sin una ciudadanía bien articulada desde una perspectiva política, social y económica (una ciudadanía *sustancial e inclusiva para todos*), no se puede alcanzar el compromiso de los ciudadanos con las instituciones, los intereses y bienes comunes. Para ello, se necesita que las políticas públicas vayan orientadas a generar mecanismos de cohesión social, de integración y de participación en condiciones de igualdad. Porque, si no participan *todos* como sujetos políticos plenos, si siguen aceptándose márgenes de exclusión, marginación y pobreza, es la propia estructura democrática de la sociedad la que se ve afectada.

El “constitucionalismo moderno” es una de las grandes conquistas de los dos últimos siglos, pero ha de ser también un programa de futuro. La actual Constitución

³ Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

colombiana aprobada en 1991 es tan rica en su articulado y en su enumeración de derechos, que la labor que se puede hacer es inmensa. Especialmente, en el ámbito del desarrollo de los derechos se plantean cuatro desafíos básicos.

En primer lugar, los derechos tradicionalmente se han considerado como un límite al poder político (tradicción liberal), pero ahora más que nunca hemos de plantearlos también como límites al poder económico, financiero y privado, con el objetivo de corregir la pobreza y la desigualdad socioeconómica. Este debería ser el camino a seguir para el desarrollo de un constitucionalismo social, capaz de reforzar lo público como espacio para el desarrollo de la universalidad de los derechos de contenido socioeconómico y redistributivo, y capaz de frenar la ola de privatizaciones masivas de los derechos.

En segundo lugar, es imprescindible la construcción de un espacio público común, donde tengan cabida todas las identidades y se establezcan vínculos sociales de inclusión y cohesión, con el objetivo de construir una auténtica convivencia intercultural e interétnica, sin imponer condiciones absolutas a la misma y superando los límites políticos y morales del multiculturalismo. De la conjunción de estos dos desafíos se deriva la necesidad de conseguir el difícil equilibrio entre la igualdad socioeconómica y la diferencia cultural, en un país donde ni la una ni la otra han sido debidamente salvaguardadas hasta ahora. Igualdad y diferencia son las dos caras de la misma moneda. La igualdad no puede aceptar la discriminación, ni las desigualdades, pero puede y debe aceptar e impulsar el respeto a las diferencias. Los elementos, que identifican a los seres humanos, no pueden servir de coartada para la discriminación, la marginación o la inferiorización, pero han de ser preservadas en sus rasgos propios.

En tercer lugar, un esfuerzo por desarrollar los derechos medioambientales, tanto desde una perspectiva nacional (hacia un Estado *ambientalista* de Derecho) como global (hacia una cosmopolitismo ambiental), poniendo en valor la transversalidad del principio de la solidaridad con las generaciones futuras. Este tipo de derechos colectivos y de solidaridad ha de plantearse también como un límite a los poderes políticos, económicos y culturales que, con su ansia de acumulación sin límite, están destruyendo los bienes básicos y comunes de la humanidad.

En cuarto lugar, Colombia se encuentra actualmente en una situación de crisis humanitaria, en que es imprescindible seguir trabajando en una adecuada política de “memoria histórica” para facilitar los procesos de reconstrucción social e individual de las víctimas. La recuperación de la “memoria histórica” permite crear y recrear las condiciones materiales, culturales e ideológicas de la existencia, fortaleciendo el deber de luchar frente a las injusticias y desigualdades del pasado y del presente, y rechazando los dogmatismos de un pasado escindido y determinista en base al cual se pretenda controlar el presente. Por ello, recordar las injusticias no sólo es necesario para compensar el sufrimiento de las víctimas, sino para evitar la hegemonía de supuestas verdades excluyentes y, como decía Hannah Arendt, la perpetuación de las tendencias totalitarias que las produjeron. El recuerdo de las injusticias y la reparación de las víctimas, de todas las víctimas, constituyen además el punto de partida para una auténtica reconciliación.

La sola aprobación de un texto constitucional no es suficiente. Una Constitución es un texto vivo, que necesita desarrollo legal, interpretación y actualización. Se hace necesario reforzar al máximo la legitimidad democrática de las instituciones públicas, para que éstas puedan introducir reformas políticas, económicas y sociales que marquen las líneas de un nuevo modelo de desarrollo económico y ecológico. La cobertura para hacerlo está en el articulado de la Constitución de 1991, pero ésta es, sin duda, una mirada al futuro. Un desafío para rebelarse contra un modelo en crisis no sólo económica, sino también política, ecológica y moral.

Madrid, 21 de noviembre de 2011