

La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina



Albert Noguera-Fernández*

Universidad de Extremadura, Cáceres, España

Marcos Criado de Diego*

Universidad de Extremadura, Cáceres, España

Fecha de recepción: 1º de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2011

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar y demostrar cómo el proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991 presentan ya determinados rasgos que los diferencian claramente de la tradición constitucional occidental. Unos rasgos que serán desarrollados, posteriormente, por los procesos constituyentes y constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009), constitutivas de lo que se ha llamado el neoconstitucionalismo latinoamericano. En consecuencia, lo que se quiere demostrar en este trabajo es como el texto constitucional colombiano de 1991 supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases para el desarrollo en América Latina de una forma constitucional propia durante las dos últimas décadas.

Para citar este artículo: Noguera-Fernández, Albert, Criado de Diego, Marcos "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 15-49.



* Doctores en Derecho por la por la Universidad Jaume I (UJI), de Castellón y la Università degli Studi di Bologna respectivamente. Son autores de diversas monografías y publicaciones sobre constitucionalismo latinoamericano. Correos electrónicos: albertnoguera78@hotmail.com; mcriado@unex.es

Palabras clave: Colombia, Constitución, neoconstitucionalismo latinoamericano.

The Colombian Constitution of 1991 as the Starting Point of a New Constitutionalism in Latin America

ABSTRACT

The objective of this article is to show that the Colombian Constitution of 1991 has certain traits that clearly differentiate it from Western constitutional tradition. Some of these traits would later be included in constitutional processes and constitutions in Venezuela (1999), Ecuador (1998 and 2008) and Bolivia (2009), in a process collectively known as Latin American Neo-Constitutionalism. This paper intends to demonstrate how the text of the Colombian Constitution represents a turning point that marks the beginning and establishes the foundations for the development of a home-grown constitutional form in Latin America over the last two decades.

Keywords: Colombia, Constitution, Latin American Neo-Constitutionalism.

A constituição colombiana do ano 1991 como ponto de início do novo constitucionalismo na América Latina

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar e demonstrar como o processo constituinte e a Constituição colombiana do ano 1991 apresentam já determinados rasgos que os diferenciam claramente da tradição constitucional ocidental. Uns rasgos que serão desenvolvidos, posteriormente, pelos processos constituintes e constituições da Venezuela (1999), o Equador (1998 e 2008) e a Bolívia (2009), constitutivas do que tem se chamado o neo-constitucionalismo latino-americano. Em conseqüência, o que quer se demonstrar neste trabalho é como o texto constitucional colombiano do ano 1991 supõe o ponto de inflexão que marca o início e estabelece as bases para o desenvolvimento na América Latina de uma forma constitucional própria durante as duas últimas décadas.

Palavras chave: Colômbia, Constituição, Neo-constitucionalismo latino-americano.

INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA EN EL CONTEXTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

A modo de introducción, lo primero que debe hacerse para hablar y entender el nuevo constitucionalismo latinoamericano es contextualizarlo en el marco del constitucionalismo comparado. Durante las últimas décadas, la realidad constitucional comparada se puede definir a partir de tres notas:

- En primer lugar, hallamos que el constitucionalismo occidental tradicional vigente en la mayor parte de los países occidentales no ha sabido hacer frente al desmantelamiento del Estado social ni a la consolidación de la mundialización neoliberal, y se encuentra en una situación de profunda crisis.¹
- En segundo lugar, descubrimos que, de manera opuesta a esta situación de crisis del constitucionalismo occidental tradicional, se está produciendo, durante los últimos años, en América Latina, un fortalecimiento de los conceptos de Constitución y constitucionalismo, que se ha manifestado en la activación de procesos constituyentes y aprobación de nuevas constituciones.
- Y, en tercer lugar, vimos que estos nuevos textos constitucionales están creando una forma constitucional propia, reconocible en muchos elementos que son claramente diferentes y especialmente provocadores con aquellos que, tradicionalmente, se han considerado como correctos en la doctrina constitucional clásica.²

Por estas razones, desde hace algunos años, se ha empezado a hablar del neoconstitucionalismo latinoamericano como un nuevo modelo constitucional, cuyos últimos y más representativos textos son la Constitución de Venezuela de 1999, las de Ecuador de 1998 y 2008 y la de Bolivia del 2009.

Pero ¿dónde ubicamos el origen de este neoconstitucionalismo latinoamericano? En respuesta a esta pregunta, podemos ubicar el proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto de inflexión en la evolución constitucional,



¹ Se trata de una crisis que viene dada, en la globalización actual, por un cambio en el sistema de fuentes del derecho que ha puesto abiertamente en crisis los principios constitutivos del derecho constitucional surgidos en la Revolución Francesa: a) crisis de la forma estatal de derecho; b) crisis de la Constitución como fuente jurídica por excelencia; c) crisis del monopolio estatal en la producción de derecho; etc. Al producirse un desplazamiento de los espacios de toma de decisiones político-económicas de la esfera público-nacional (los parlamentos estatales) a la esfera privado-internacional (los organismos internacionales controlados por empresas transnacionales), el derecho constitucional (el derecho del Estado) entra en crisis (Ver: Capella, J. R., *Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*, Concejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999).

² Ver: Viciano, R. & Martínez, R., "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia (España), 2005, (13), pp. 55-68.

no solo latinoamericana, sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocibles, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano del 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en el 2007-2008; y que, sin duda, conforman las bases del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. La Constitución colombiana de 1991 constituye, por lo tanto, el punto de inicio del nuevo constitucionalismo en el continente.

Estos rasgos comunes pueden clasificarse en dos tipos diferentes.

En primer lugar, son rasgos procedimentales. A diferencia de los procesos constituyentes anteriores que se habían desarrollado, particularmente en América Latina, y siguiendo el ejemplo europeo, de espaldas a la población, estos serán procesos activados mediante referendo por el pueblo,³ que suponen un rescate de los principios de soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente mediante la elección democrática de una Asamblea Constituyente originaria⁴ con funciones de redacción de un proyecto de Constitución que debe someterse a ratificación popular.⁵

Y, en segundo lugar, son también rasgos de contenido. Estas últimas constituciones recogen un conjunto de innovaciones sustanciales que las diferencian claramente de sus precedentes y que empiezan a aparecer en la Constitución colombiana.

Este carácter novedoso y, en diferentes aspectos, progresista de la Constitución colombiana se debe al impulso del proceso constituyente por parte de actores políticos de izquierda que contaron, luego, con una fuerte presencia



³ La única excepción de los procesos constituyentes citados es Bolivia, donde en aplicación del artículo 232 de la Constitución de 1967: "La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria (...), que será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República", la Asamblea Constituyente fue convocada mediante ley (Ley 3364 de convocatoria a la Asamblea Constituyente, del 6 de marzo del 2006).

⁴ Para poner algunos ejemplos, en el caso de Colombia, la sentencia del 9 de diciembre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 2214) declaraba el carácter originario de la Asamblea Constituyente. En Bolivia, el artículo 1º del reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente establecía: "La Asamblea Constituyente es originaria, porque radica en la voluntad de cambio del pueblo como titular de la soberanía de la nación. (...) Se encuentra legítimamente por encima del poder constituido. La Asamblea Constituyente tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional y tiene como mandato transformar y construir un nuevo Estado boliviano". O, en Ecuador, la pregunta de la consulta popular celebrada el 15 de abril del 2007, para activar la Asamblea Constituyente, decía: "¿Aprueba usted que se convoque se instale una Asamblea Constituyente *con plenos poderes*, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, elabore una nueva Constitución?".

⁵ Sobre la activación democrática de estos procesos constituyentes, ver: Martínez, R., "El proceso constituyente venezolano de 1999: un ejemplo de activación democrática del poder constituyente", en Viciano, R. & Salamanca, L. (eds.), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Caracas, 2004 (edición española de Tirant lo Blanch/Fundación CEPS, Valencia –España–, 2005).

en la Asamblea Constituyente de 1991;⁶ sin embargo, con el debilitamiento y desaparición de estos actores y el control de la escena política por parte de las fuerzas conservadoras desde 1992, las políticas del gobierno han ido, desde entonces, muchas veces en contra del tenor, del modelo socioeconómico y de los derechos de la Constitución.

Pero, veamos, a continuación, cómo cada uno de los dos tipos de rasgos novedosos a los que nos hemos referido (los rasgos procedimentales y de contenido) se dan, aun de manera limitada, en la Constitución colombiana y, luego, ya de manera más desarrollada, en el llamado neoconstitucionalismo latinoamericano, esto es, las constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia.

1. RASGOS PROCEDIMENTALES: PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PROCESO CONSTITUYENTE COLOMBIANO

1.1. Poder constituyente y derecho

Aunque es ya un lugar común partir de la idea de que “siempre el poder constituyente es extraño al derecho”, lo cierto es que, desde la ciencia jurídica, cada vez más el poder constituyente en su forma política pura se ve como algo indeseable que hay que encuadrar en el corsé del derecho.⁷ La dificultad de abordar desde el derecho la problemática del poder constituyente no consiste solo en que la potencia del poder constituyente sea irreductible a un sistema jerarquizado de normas y competencias, sino que toda categorización jurídica del poder constituyente tiende irremediablemente a prefigurarlos, lo que resulta incompatible con las características mismas que es necesario predicar del poder constituyente para poder considerarlo fuente principal del ordenamiento jurídico constitucional. Se produce así una contradicción entre el poder constituyente entendido como fuente, como autoridad primigenia, y el poder constituyente entendido como sujeto de producción del orden



⁶ La Asamblea Constituyente colombiana estaba formada por setenta asambleístas, de los cuales diecinueve eran de la Alianza Democrática-Movimiento 19 de abril (AD-M19), partido político surgido del grupo guerrillero M-19 después del proceso de paz; dos provenían de la Unión Patriótica, partido de izquierda cuyos líderes fueron posteriormente asesinados por los grupos paramilitares; dos representaban a estudiantes; dos a comunidades indígenas; y otros dos a cristianos no católicos. Por lo tanto, más del cuarenta por ciento de los asambleístas no pertenecían a los partidos liberales y conservadores (ver: Buenahora, J., *El proceso constituyente*, Tercer Mundo, Bogotá, 1992).

⁷ Los procesos actuales de globalización, la tensión entre decisiones soberanas estatales y derechos humanos universales o el redescubrimiento del cosmopolitismo han provocado que un “éxodo de la soberanía” sea una alternativa atractiva en el orden político actual. La centralidad de la idea del soberano constituyente en las teorías constitucionales revolucionarias y republicanas en Francia y los Estados Unidos ha sido prácticamente desechada (una reconstrucción en Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhuvi, Madrid, 1994, pp. 1-35, 303-336), constituyendo desde entonces, para Carré de Malberg (*Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 483), “el problema principal del derecho público”.

constitucional. El primero es necesario afirmarlo como un requisito lógico del carácter limitado de los poderes que nacerán de esa autoridad primigenia. El segundo es necesario que efectivamente exista para dotar de legitimidad de origen a todo el constructo, pero que exista de forma fugaz, para que tras su desaparición subsistan los poderes limitados y no pueda perpetuarse en el tiempo la unión entre autoridad suprema y sujeto productor.

Aunque el poder constituyente se afirma como originario, lo cierto es que jurídicamente opera sobre la base habilitante de la soberanía. El ejercicio del poder constituyente en espacios carentes de soberanía (e inferiores al Estado, ya que en los espacios supranacionales esto no ocurre) no se entiende como tal, sino como un delito de sedición o contra el orden constitucional. Aunque el poder constituyente se afirma como ilimitado y omnipotente, su ejercicio opera bajo la condición de revelarse en el derecho a través de un acto jurídico único, lo que supone su necesaria limitación temporal, su carácter extraordinario y su obligatoria reducción a un fin preexistente. Aunque el poder constituyente se identifica con un ejercicio supremo de la democracia, su desempeño queda prácticamente arrinconado a la revolución,⁸ lo que impone la necesidad al poder constituyente de generar una legalidad justificadora de sus actos a posteriori, o, dicho de otro modo, a autogenerar su categorización como poder constituyente.

El proceso constituyente colombiano de 1990-91 y los procesos de Venezuela (1999) y Ecuador (2007) que utilizan como referencia tanto su desenvolvimiento como la interpretación del poder constituyente originario que allí se genera suponen importantes novedades respecto a este cuadro de contradicciones. En primer lugar, porque no se producen en el contexto de ruptura constitucional, sino en transiciones pacíficas fundamentadas en una interpretación de la legalidad constitucional preexistente. En segundo lugar, porque suponen una sucesión de actos constituyentes directos (iniciativa popular mediante referendo) y de asamblearismo constituyente que conforman todos ellos un único poder del que se predicen los caracteres de originalidad y carácter ilimitado. Y, en tercer lugar, porque de este carácter pleno del poder asambleario constituyente se deriva competencia para realizar actos distintos de la mera redacción y aprobación constitucional (el caso de los “mandatos” ecuatorianos y los “decretos” de la Asamblea Constituyente venezolana).



⁸ Cfr., entre muchos, De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 238-239.

1.2. La función histórica de la teoría del poder constituyente, su transformación en el proceso constituyente colombiano y la dificultad de distinguir entre poder constituyente y reforma constitucional

Seguir considerando en la actualidad el poder constituyente como un poder original, fundador, absoluto e ilimitado, parece bien un arcaísmo, bien una ficción destinada a generar un mito fundacional de carácter ideológico. La teoría del poder constituyente con esas cualidades clásicas nace en un contexto histórico que la explica y la dota de significado: la de la ruptura en Francia del viejo orden absolutista y el nacimiento del nuevo orden constitucional. La función de la constitución no era solo la de definir el nuevo orden, sino también la de defenderlo frente a la involución, lo que reclamaba una justificación legitimadora del nuevo orden instaurado por la Constitución y, particularmente, de la división del poder del monarca absoluto. A esta justificación legitimadora se encamina la teoría del poder constituyente de Siéyès:⁹ “... una constitución supone, ante todo, un poder constituyente. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. En cuanto no han podido constituirse ellos mismos, carecen asimismo de facultad para alterar su constitución. En cambio, el poder constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una constitución previa”.

La teoría del poder constituyente no se encamina a describir o analizar el proceso que culmina en el otorgamiento de una Constitución, sino a defender el resultado del proceso, justificando la indisponibilidad de la Constitución por parte de los poderes constituidos. La justificación, sin embargo, no se basa en principio democrático alguno que prescriba la superioridad de una voluntad original, particularmente democrática, sobre la voluntad constituida, sino en la defensa de los derechos individuales.¹⁰ Para Siéyès, “toda unión social, y, por consiguiente, toda constitución política, solo puede tener por objeto manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y del ciudadano”. La división del poder absoluto del monarca y su reparto entre tres clases de órganos no tenía otro objeto que lograr una esfera mínima de libertad y de propiedad para la burguesía floreciente. Sin embargo, para explicar lógicamente semejante reparto era necesario llegar a la idea de una autoridad primitiva y superior que quede colocada por encima de los titulares de los distintos poderes y establezca entre ellos la distribución de competencias. Esa autoridad primitiva y superior es el poder constituyente de Siéyès.



⁹ Vid. Siéyès, E., “Exposición razonada de los derechos del hombre”, en id. *Escritos y discursos de la revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 100 y ss.

¹⁰ Para esta interpretación, cfr. Carré de Malberg, *Teoría...*, op. cit., pp. 1188-1192.

Por lo tanto, el poder constituyente no nace a la doctrina como una teoría de la acción destinada a afirmar la superioridad del pueblo sobre sus dirigentes cuando actúa con vocación constituyente, sino como una teoría defensiva no solo frente al poder, sino también frente al cambio, que en la época de su formulación se identifica esencialmente con la vuelta al antiguo régimen, pero que, en su desarrollo histórico, al perder su justificación inicial, se convierte en mantenimiento del *statu quo*.¹¹ Esta función defensiva y la ausencia de radicalismo democrático se encuentran claramente representadas en la regulación de la reforma constitucional que hace la Constitución francesa de 1791. En el artículo 1º del título VIII, tras declarar solemnemente que “la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”, establece que “considerando más conforme con el interés nacional el que se use de este derecho de reforma para cambiar, a través de los medios previstos en la propia Constitución, los artículos respecto de los cuales la experiencia haya mostrado los inconvenientes, decreta que habrá de procederse por una Asamblea de Revisión” según el procedimiento que detalla en los siete artículos siguientes, de suerte que el derecho a cambiar la Constitución se somete a las reglas del propio poder constituyente. De este modo, están servidos los dos polos de tensión en el uso y el ejercicio futuro del poder constituyente: el derecho a cambiar la Constitución y el empleo de este a través de los medios constitucionalmente previstos.

El proceso constituyente colombiano de 1991 supone un uso (académico, jurisprudencial y popular) de la teoría del poder constituyente que, lejos de ser defensivo, sirve como justificación de un proceso extraconstitucional de reforma que ha servido de referencia para, al menos, los procesos constituyentes de Venezuela (1999) y Ecuador (2007), erigiéndose así en un modelo regional de teorización y uso del concepto de poder constituyente originario. Concretamente, y a salvo de un examen posterior más detenido, la idea de poder constituyente originario e ilimitado sirve de base para la admisión de un acto de soberanía directa (un referendo), como mecanismo de creación, convocatoria y regulación de un órgano (una asamblea constituyente) no previsto en la normativa vigente. Es decir, el proceso constituyente colombiano de 1990-1991 supone una interpretación del poder constituyente como “derecho a cambiar la Constitución”, si bien juzga este derecho incompatible con la obligatoriedad de someterse a los procedimientos de reforma constitucionalmente previstos.



¹¹ Esta interpretación histórica, referida a la función de la Constitución en general, y no particularizada en el poder constituyente, puede encontrarse en De Cabo, C., *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 7.

La ausencia de un uso defensivo del poder constituyente se observa de manera determinante en la regulación de los procedimientos de reforma constitucional, que incorporan en todos los casos la iniciativa popular, la Asamblea Constituyente y el referendo aprobatorio¹² (es decir, el propio método de reforma empleado, salvo la aprobación por referendo en el caso colombiano), y más acusadamente en la posibilidad de aprobar directamente por referéndum enmiendas constitucionales de iniciativa popular sin intervención parlamentaria (arts. 341 de la Constitución venezolana y 441.1 de la Constitución de Ecuador).

Sin embargo, esta generosa regulación del procedimiento de reforma y enmienda constitucional plantea una dificultad ulterior: la de distinguir formalmente entre poder constituyente y reforma constitucional. Formalmente se entiende que el poder de reforma constitucional está esencial y radicalmente condicionado por el poder constituyente, tanto en su existencia como en la definición y alcance de sus facultades. Este condicionamiento positivo resulta irrelevante si la Constitución no ha previsto procedimientos (jurisdiccionales o de otro tipo) de control de la reforma. Incluso en el caso de que existan mecanismos de control de la corrección procedimental de la actuación del poder de revisión, el condicionamiento positivo del constituyente derivado no se extiende más allá del momento en que la nueva norma constitucional se promulga, pues, si desde ese momento se considera Constitución, es norma incondicionada en su validez y consecuentemente no puede ser objeto de enjuiciamiento posterior. Cuestión distinta es considerar que solo el poder constituyente puede crear Constitución y que las normas de reforma constitucional son normas inferiores susceptibles de control de constitucionalidad.¹³

Esta última postura puede resultar plausible en ordenamientos restrictivos que excluyen la iniciativa popular en los procedimientos de reforma constitucional, como es el caso español, porque en ellos sí existe una distinción tajante entre la formalidad de la reforma constitucional y la informalidad del poder constituyente, pero resulta poco operativa en ordenamientos que cubren en su formalidad jurídico-constitucional prácticamente todos los posibles ejercicios del poder constituyente, como es el caso de los ordenamientos analizados.

Creo que es en esta perspectiva como deben entenderse el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-551 del 2003 destinada a realizar una distinción material de las materias reservadas



¹² Arts. 375 a 378 de la Constitución colombiana; arts. 441, 442 y 444 de la Constitución de Ecuador; y arts. 341, 342 y 344 de la Constitución de Venezuela.

¹³ Sería la idea a la que parecen remitir posturas como las de De Vega, *La reforma...*, op. cit., pp. 152 y ss., o Pérez Royo, J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.

a la reforma constitucional y las materias reservadas al poder constituyente. Sin embargo, este tipo de distinción tiende a separar las funciones conforme a los límites que encuentra la reforma (elementos identitarios de la Constitución) y al carácter ilimitado del poder constituyente, toda vez que, desde un punto de vista real, considerar que el constituyente carece de límites materiales a la hora de ejercer su función es pura formalidad. El profesor Carlos de Cabo ha mostrado cómo los elementos genéticos o identitarios de las constituciones hoy en día funcionan como límites materiales tanto para el poder constituyente como para la reforma, toda vez que, desde un punto de vista real, derivan del hecho de que las constituciones modernas aparecen sobre Estados previa y definitivamente constituidos; y, desde un punto de vista ideológico, los procesos constituyentes han perdido su carácter nacional, su especificidad, y deben adaptarse a las exigencias dadas de un modelo que responde a una idea generalizada de “defensa de la democracia” consistente en la represión de las demandas marginales. Estos límites funcionan esencialmente como elementos defensivos que obliguen a que el cambio histórico se acomode a lo establecido en la Constitución.¹⁴

1.3. Antecedentes inmediatos y plasmación jurídica del poder constituyente en Colombia: estado de necesidad e imposibilidad de revisión jurídica

Los antecedentes históricos colombianos y las lagunas de la Constitución de 1886 explican en cierta medida este uso de la teoría del poder constituyente. La instauración del Frente Nacional tuvo lugar, en un primer momento, mediante una reforma constitucional, que incorporaba la alternancia en el poder y el reparto de cargos pactado en el Acuerdo de Benidorm (de 24 de julio de 1956), realizada por plebiscito convocado por Decreto 247 de 1957 de la Junta Militar para el 1º de enero del mismo año. Cuestionada la constitucionalidad del método de reforma constitucional, la Corte Suprema se declaró incompetente por el carácter eminentemente político de la convocatoria al poder constituyente originario (“la forma más pura del poder”) y en la imposibilidad de controlar judicialmente un confuso “derecho de la revolución” cuya virtualidad jurídica descansa “en la voluntad de la nación”, pues, su propio sometimiento al orden constitucional le quitaría todo sentido revolucionario.¹⁵



¹⁴ De Cabo, *Sobre la función...*, op. cit., pp. 11-12, 23; id., *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 36 y 37.

¹⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena del 28 de noviembre de 1957, M. P. Guillermo Hernández Peñalosa: “Sin examinar, por no ser indispensable, la manera pacífica o violenta como se haya producido puede afirmarse que la esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente,

No obstante, el plebiscito de 1957 sí aplica en todo su sentido la función defensiva del poder constituyente, pues el artículo 13 del texto de reforma aprobado por plebiscito reza: “En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”, es decir, por acto legislativo aprobado en dos legislaturas consecutivas, la última por mayoría absoluta. De esta suerte, la Constitución resultante del ejercicio originario del poder constituyente prohíbe su activación en el futuro. De modo que se entiende que la auténtica fundamentación del poder constituyente originario para la institucionalidad colombiana de 1957 era el estado de necesidad, toda vez que el ejercicio directo de la voluntad constituyente del pueblo se juzga como indeseable, pero necesario en la coyuntura histórica existente. Consecuentemente, el poder originario se entiende como algo instrumental a las necesidades institucionales y no como el ejercicio libre de una voluntad autodeterminada.¹⁶ No es el pueblo quien se activa como poder constituyente, sino las instituciones quienes reclaman su activación, de suerte que malamente cabe hablar de un poder constituyente dotado de una *autoridad* suprema en el contexto colombiano de 1957, sino de un *sujeto* competencialmente limitado en función de las necesidades institucionales.

La limitación a la revisión constitucional institucionalizada en el artículo 218 de la Constitución de 1886 que hace la propia Corte Suprema en su sentencia del 5 de mayo de 1978 al decidir sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 1977, que convocaba una Asamblea Constitucional con precisas y limitadas facultades para reformar la Constitución de 1886, la Corte dijo: “El adverbio ‘solo’, empleado por el constituyente primario en el año de 1957, cuando en el artículo 13 del plebiscito aclaró diáfanoamente el que ahora corresponde al 218, excluye de las competencias reformadoras del Congreso a todo poder distinto del que por virtud de los imperios del artículo 2° de la Constitución Política corresponde a la nación colom-

en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte. Así, la revolución puede atentar contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, configurada en determinada Constitución; o simplemente, dirigirse contra su parte orgánica. Cualquiera de estas situaciones engendra el llamado derecho de la revolución, que se da aun cuando se trate de volver a las instituciones que se juzgan quebrantadas, porque si los hechos se hubieran encauzado dentro de las normas anteriores, se quitaría todo sentido revolucionario al movimiento, ya que no habría perturbación del orden preexistente. Pero dentro de un sistema jurídico positivo, no puede hablarse de un derecho a la revolución, sino que, por el contrario, de acuerdo con aquél, ella se debe considerar inoperante e ilícita; la valoración del movimiento político, para calificarlo de justo e injusto, sólo puede hacerse mediante principios generales jurídico-políticos. La revolución, por su misma esencia, quebranta el orden constitucional coetáneo”.

¹⁶ *Ibíd.*: “El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, *del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma*, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como *voluntad constituyente*, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente” (cursivas mías).

biana, fuente de la soberanía, de la que emana todo poder”. De esta suerte se introducía una paradoja, la Constitución “solo” podía ser reformada por el Congreso, pero el Congreso tenía limitada la facultad de reforma constitucional, particularmente en lo relativo a sus propias competencias, que únicamente podían ser reformadas por el constituyente primario. Por lo tanto, la posibilidad misma de convocar una asamblea constituyente debía ser una activación del poder constituyente por fuera de los cauces institucionales constitucionalmente previstos, y la Corte Suprema seguía entendiendo que un acto de ese tipo no estaba sometido a la normatividad jurídica anterior a su decisión.¹⁷

1.4. El proceso constituyente de 1990-1991 y los elementos que conforman el modelo

Desde un punto de vista funcional, en todos los casos, la activación del poder constituyente no cumple solo su función constitucional específica, sino también provoca una relegitimación del poder ejecutivo en contextos de bloqueo (Colombia) o enfrentamiento (Ecuador, Venezuela) institucionales. Ello permite hablar de tres consecuencias bien definidas de los procesos:

- a) La recuperación del pueblo en una función moderadora o de arbitraje en los enfrentamientos institucionales, que recuerda a las primeras funciones específicamente suprainstitucionales reconocidas en las monarquías parlamentarias europeas del siglo XIX, cuando el enfrentamiento entre la Corona y el parlamento solo era resoluble mediante una disolución anticipada del segundo. La activación del constituyente referendario por parte del presidente Uribe para alterar los equilibrios y componendas institucionales sería una reafirmación ulterior de este elemento.
- b) El refuerzo del presidencialismo a través de la aplicación de la función de impulso político del Presidente de la República al propio proceso constituyente, que queda bajo su tutela. De esta suerte, es el Presidente, y no el propio órgano asambleario, el responsable de la composición de intereses y los acuerdos que permitan las mayorías necesarias para la aprobación del texto constitucional.
- c) La promesa de democracia participativa queda indisolublemente ligada a las características del enfrentamiento institucional, en que “lo viejo”, lo



¹⁷ Sentencia 54 del 9 de junio de 1987 (M. P. Hernando Gómez Otálora): “Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden”.

llamado a ser superado, queda identificado con el órgano legislativo por la actividad de obstaculización de sus componentes. Así, la democracia participativa no se entiende como una conquista real de espacios de decisión, sino como una pérdida de poder del parlamento, liberando así al ejecutivo para elegir los ámbitos de la administración pública en que la efectiva participación resulta útil, inocua o poco molesta.

Desde un punto de vista procedimental, se trata de un proceso constituyente complejo que engloba unitariamente tres actos de distinta naturaleza jurídica y significación política: a) un decreto presidencial de convocatoria referendaria que establece condicionantes materiales y procedimentales a la Asamblea Constituyente; b) un referéndum; c) la elaboración, debate y aprobación de un proyecto de Constitución (una Constitución en el caso colombiano) por la Asamblea Constituyente.

En el caso colombiano, se predicó el carácter constituido del primer acto, el Decreto 1926 del 19 de agosto, revisado por la Sentencia 38 del 9 de octubre de 1990, y el carácter constituyente de los otros dos, de suerte que la Asamblea Constituyente se entendió como un poder originario, ejercicio del poder constituyente, y, por lo tanto, exenta del control de los poderes constituidos, aunque limitada por los lineamientos admitidos del acuerdo político entre las principales fuerzas políticas y algunos movimientos sociales que se anexó al decreto de convocatoria referendaria. Este carácter constituyente de la Asamblea se explicaba, esencialmente, por la ausencia de un referéndum de probación final del texto salido de la Asamblea y, por lo tanto, por la necesidad de considerar originario el órgano electivo.

En el caso venezolano y ecuatoriano, el ejercicio del poder constituyente se entendió restrictivamente como soberanía, es decir, como mandato de acatar por parte de una autoridad superior, por lo que se limitó al referendo de aprobación del texto constitucional por soberano.¹⁸ En el caso venezolano, la Asamblea Constituyente se entendió expresamente como un ejercicio de poder constituido sometido a las constituciones de 1961 y 1998 respectivamente y, por lo tanto, al control regular de los órganos de garantía. El problema de esta solución es que, si bien resultaba coherente desde el punto de vista de la ciencia jurídica, no resolvía el enfrentamiento institucional con los poderes públicos que había caracterizado el proceso constituyente y limitaba la manifestación de soberanía del referéndum de convocatoria de la Asamblea



¹⁸ Cfr. sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela del 18 de marzo, del 23 de marzo y del 13 de abril de 1999, y el Decreto 148, del 27 de febrero, del Presidente de la República de Ecuador, que admite en el segundo párrafo del artículo 1º del Estatuto Electoral que incorpora que las decisiones de la Asamblea Constituyente no entrarán en vigor hasta su aprobación en referéndum.

Constituyente, condicionando desde el inicio la posibilidad de que de él se derivara también una función moderadora del pueblo.

Desde un punto de vista material, todos los procesos implicaron la adopción de un órgano de reforma constitucional, la Asamblea Constituyente, que suponía una ruptura con la formalidad constitucional imperante y la aceptación de un principio básico de la teoría del poder constituyente: la fuerza normativa de los hechos. Fue a las instancias judiciales a quienes correspondió ratificar jurídicamente la expresión social de la voluntad de cambio constitucional, pero la que lo hizo de manera más determinante fue la Corte Suprema colombiana, que aplicó la teoría del poder constituyente en detrimento de la función limitadora del constitucionalismo y permitió así abrir un proceso para que la Constitución colombiana se adaptara al cambio histórico, y no pretendió que el cambio histórico se adaptara a las exigencias de la Constitución colombiana.

En primer lugar, la Corte aplicó una interpretación de las competencias del Presidente de la República para dictar decretos legislativos bajo el estado de sitio que no pretendió ni por asomo subsumir los hechos juzgados en los supuestos normativos del artículo 121 de la Constitución de 1886. Particularmente claras resultan las motivaciones reales de los magistrados en la Sentencia 59 de 1990, del 24 de mayo, donde la Corte constata la existencia de un “clamor popular” derivado del recuento informal de la séptima papeleta en las elecciones de 11 de marzo de 1990 y, acudiendo a la aclaración de voto del magistrado Gonzalo Vargas Rubiano, a la sentencia de julio 3 de 1984, reclama la necesidad de “desbordar los cuadros de la pura estimativa jurídica para situarnos en el plano de la realidad social”.

En segundo lugar, reafirma la teoría del poder constituyente de 1957, reiterada en 1987, si bien desligada del carácter instrumental que surgía de su relación con el estado de necesidad (que ahora se reserva para las argumentaciones relativas a la conexidad): “Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos”. La Sentencia 38 del 9 de octubre de 1990, una sentencia confusa, asistemática, muy deficiente desde el punto de vista técnico,¹⁹ pero muy adecuada a las necesidades de desarrollo de la potencia constituyente que ya estaba en acto.



¹⁹ Y particularmente contradictoria con la Sentencia 59 de 1990, que declaró exequible el Decreto 927 de 1990 con el argumento de que no establecía “un referéndum o un plebiscito”, ya que, “si se tratara de un plebiscito o de un referéndum debía haber precisado con qué mayoría se daba por refrendada o por adoptada la decisión, a quién se le da la autorización para convocar la Asamblea Constitucional, en qué tiempo, etc.”, sino que simplemente creaba “una función transitoria de la organización electoral” consistente en el recuento de papeletas sobre la conveniencia de convocar un referendo sobre asamblea constituyente (Sen-

En tercer lugar, al declarar inexecutable la limitación material de la competencia constituyente contenida en el acuerdo político incorporado como anexo al Decreto 1926 del 19 de agosto, de convocatoria del referendo para aprobar la Asamblea Constituyente, realizó en la práctica la consideración como ilimitado del poder constituyente, aunque, al admitir la constitucionalidad de las inhabilidades e incompatibilidades para ejercer el cargo de constituyente, aceptó una definición positiva de las cualidades de los elegibles –numeral 9.b) del acuerdo político– que significaban una considerable reducción del derecho de sufragio pasivo.

2. RASGOS DE CONTENIDO: ALGUNOS DE LOS PRINCIPALES APORTES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Desde el punto de vista sustancial, la Constitución colombiana introduce un conjunto de elementos novedosos. Se trata de elementos innovadores, algunos de los cuales todavía aparecen de manera limitada, pero ya reconocibles, que serán recuperados y desarrollados por las posteriores constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Presentaremos, seguidamente, algunos ejemplos de ello, aunque no todos, pues la extensión de este trabajo no lo permite.

2.1. Novedades en el ámbito de los derechos y la ciudadanía: la larga carta de derechos y de su justiciabilidad

En cuanto a aspectos generales de la carta de derechos, a diferencia de la Constitución colombiana de 1886, la cual tenía una corta declaración de derechos, la Constitución de 1991 introduce una larga carta de derechos. Esta no solo reconoce muchos derechos que no estaban constitucionalizados anteriormente, especialmente derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos, sino que, además, otorga a cada uno de ellos un mayor desarrollo en su contenido, así como de sus indicadores y del papel del Estado para el logro de su satisfacción. Esto explica que la carta de derechos colombiana sea mucho más larga que la de la mayoría de constituciones en el constitucionalismo comparado.

En el mismo sentido, las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 1998 y 2008 y Bolivia del 2009 introducirán posteriormente también, siguiendo el ejemplo colombiano, cartas de derechos muy largas que ocu-

tencia 59 del 24 de mayo de 1990), mientras que ahora se declara executable precisamente la convocatoria de un referendo por el Decreto 1926 del 19 de agosto.

parán entre los ochenta y ciento diez artículos. En principio, la ampliación del articulado de derechos en una Constitución “no es en sí mismo bueno o malo, pero puede considerarse que, en el caso de la explicitación de los derechos particulares de los grupos vulnerables, se ha generado un avance representado por las mayores oportunidades para que esos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes”.²⁰ Esta extensión, casi reglamentaria, de los derechos, que se da en las citadas constituciones, si bien no sería aceptable ni desde las concepciones nozickianas del Estado mínimo ni, incluso, desde la puridad de la técnica constitucional ortodoxa, es algo que responde a las condiciones, necesidades y objetivos de estas constituciones y sus respectivas sociedades. Necesidades que tienen que ver con: a) que los distintos poderes se vean obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan; b) la generación de un modelo integral que aúne de forma completa las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social; y, c) una función didáctica e integradora en unas sociedades con altas tasas de analfabetismo y un muy alto analfabetismo funcional en cultura cívica.²¹

En cuanto a aspectos específicos de la carta de derechos, podemos hacer referencia a varios elementos. Empezando con los derechos sociales, a diferencia de la Constitución de 1886 que casi no incluía ningún derecho social como regla legal con fuerza normativa, la actual Constitución colombiana sí incorpora todos los derechos sociales clásicos. Sin embargo, el tratamiento que de ellos hace queda todavía muy lejos del que harán las próximas constituciones en Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009),²² que reconocerán explícitamente el principio de igual jerarquía, indivisibilidad e igual justiciabilidad de todos los derechos.²³



²⁰ Aponte, C., “Los derechos sociales y la Constitución de 1999: ¿nuevas garantías o espejismos?, en Maingon, T. (ed.), *La cuestión social en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Caracas, Cendes, 2000, p. 119.

²¹ Palacios, F., “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”, *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia (España), 2006, (14), p. 105.

²² Para poner solo un ejemplo, en materia de salud, una vez anunciada la universalidad de este servicio, el texto constitucional colombiano lo relativiza mencionando la posibilidad de “términos” para acceder a dicho servicio (art. 49: “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita”), e incluso indica la posibilidad de situaciones de no cobertura (art. 50: “Todo niño de menos de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social...”). O, en materia de seguridad social, si bien la Constitución generaliza el sistema de seguridad social, lo hace de manera limitada, ya que introduce también una libre habilitación legislativa, la cláusula de progresividad (art. 57: “La protección del seguro general obligatorio se extenderá progresivamente”), y no concreta las variedades previsorias (ver: Noguera, A., “¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2008, (143), pp. 129-161).

²³ Ver: Noguera, A., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

En el caso colombiano, dentro de su título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, la Constitución colombiana recoge a los derechos civiles y políticos en el capítulo I “De los derechos fundamentales”, y, en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II “De los derechos sociales, económicos y culturales”, con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga “fundamentalidad”, estos segundos son considerados como “no fundamentales”. Esta diferencia es importante, porque, derivado de este desigual trato entre grupos de derechos, se desprenden grados distintos de protección para cada uno de estos grupos de derechos.²⁴

Ahora bien, sí que hay determinados aspectos novedosos introducidos por el texto colombiano, incorporados también después por las constituciones posteriores, que permitirán superar alguna de las dificultades clásicas para la justiciabilidad de los derechos sociales, como la inadecuación de los instrumentos procesales tradicionales, creados dentro del paradigma de los derechos de propiedad del siglo XIX y pensados para juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados, para poder solicitar, en muchas ocasiones, la protección de derechos sociales. Ello se debe a que se trata de mecanismos que no sirven, por ejemplo, para tramitar demandas colectivas de protección de derechos sociales de grupos que comparten una situación similar y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo. O de mecanismos procesales que exigen una gran cantidad de pruebas cuando las violaciones de derechos sociales, a menudo, requieren de urgente resolución. O que al estar pensados para conflictos entre privados presenten grandes



²⁴ Esta desigualdad en el grado de protección de los derechos sociales con respecto a los derechos civiles y políticos se manifiesta, por ejemplo, en la no aplicabilidad directa de los derechos sociales. En el caso de la Constitución colombiana, el artículo 85 establece la aplicación inmediata de los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40, esto es, casi todos los del capítulo I de la carta de derechos, es decir, los derechos fundamentales, quedando excluidos de este principio los derechos sociales ubicados en el capítulo II. A diferencia de los derechos fundamentales o de aplicación directa, los derechos sociales son en la Constitución colombiana, derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida o no hacer con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto. Otro aspecto en el que se manifiesta esta desigual protección entre grupo de derechos es la posibilidad de acceder a la acción de tutela para la protección de los derechos sociales. El artículo 86 de la Constitución restringe las causas por las cuales se puede interponer la tutela a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el capítulo I, pero no, en cambio, para el caso de la protección ante vulneración o amenaza de vulneración de un derecho social. Las personas no pueden usar la acción de tutela para proteger sus derechos sociales, lo que convierte a estos derechos en derechos de protección o de justiciabilidad debilitada, frente a los civiles y políticos que se conforman como derechos de protección o justiciabilidad fortalecida.

Cosa distinta es que, en la práctica, durante varios años, la composición progresista de la Corte Constitucional colombiana haya permitido que, mediante el uso de la estrategia de recontextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda, se haya admitido a trámite la tutela y reconocido la aplicabilidad directa de derechos sociales, pero de lo que se desprende literalmente del texto constitucional ello no sería posible (Ibíd., pp. 136-140; ver, también: Uprimny Yepes, R., “Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court”, en Coomans, F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006).

limitaciones en la capacidad de los jueces para justiciar derechos contra las ramas políticas de gobierno.²⁵ Con el objetivo de salvar estas limitaciones de los mecanismos jurisdiccionales tradicionales, el texto constitucional colombiano incorpora las llamadas acciones colectivas (la acción popular,²⁶ la acción de grupo y la responsabilidad objetiva en materia de derechos colectivos),²⁷ reconocidas en el artículo 88.²⁸

Siguiendo la estela de la Constitución colombiana, algunas de las constituciones posteriores, como la de Bolivia, incorporan también la acción popular en sus artículos 135 y 136. Otras, como la reciente de Ecuador, introducen, en el mismo sentido, la posibilidad de que las acciones jurisdiccionales de protección de derechos previstas en la Constitución puedan ser presentadas tanto de manera individual como colectiva por “grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad” (art. 86.1).



²⁵ Acerca de estas dificultades, ver: Courtis, C., “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en Gargarella, R.; Domingo, P. & Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Aldershot, 2006.

²⁶ Las acciones populares existían ya en la legislación colombiana desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876 y se encuentran también en el Código Civil vigente, aunque las normas de procedimiento establecidas en el Código Civil para su trámite no son las más adecuadas, ya que están pensadas para dar solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual. En la definición que establece la Constitución de 1991 y la ley que la desarrolla, por medio de las acciones populares, cualquier individuo, persona jurídica, organización popular o cívica, así como aquellos funcionarios públicos que tienen a su cargo la defensa de los derechos e interés públicos (art. 12 de la Ley 472/98), sin necesidad de abogado, puede defender ante los jueces aquellos intereses que le son comunes a una colectividad, obteniendo una pronta y efectiva protección judicial de sus derechos y de la comunidad afectada, más una suma de dinero a título de incentivo, con lo cual se estimula su intervención en la protección del interés colectivo. Por lo tanto, es una acción para defender derechos de un grupo de personas afectadas por una misma causa. La Ley 472 de 1998, en su artículo 4º, concreta la amplia definición que el artículo 88 de la Constitución hace de los casos contra los que las acciones populares pueden actuar como un instrumento preventivo y remedial, señalando muchos relacionados con la protección de los derechos sociales, como la alteración en la calidad de los alimentos, los productos médicos defectuosos, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, etc.

²⁷ Las ventajas de estas acciones colectivas son innumerables, Londoño señala tres principales: 1. La agilidad y eficacia en los procedimientos al permitir que en un solo litigio se puedan defender derechos de una multitud de colombianos y, sobre todo, se prevengan las vulneraciones cotidianas que generan tanta violencia. 2. El fortalecimiento de los grupos humanos al dar vía libre para que los sectores que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad y desventaja económica se ubiquen en condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a aquellos sectores más poderosos. 3. Y el hecho de que en las acciones colectivas el derecho de defensa no se fundamenta como en los procedimientos judiciales comunes, en una relación de igualdad entre las partes, sino que se parte de una conciencia de la situación de desigualdad que viene dada por las características de quienes vulneran los derechos e intereses colectivos, los grandes poderes económicos, y a la que el juez tiene que poner remedio restableciendo el equilibrio procesal y manteniéndolo para poder defender el derecho o interés colectivo (Londoño, B., “Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de los derechos colectivos”, en Londoño, B. (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp. 38-39).

²⁸ Previamente a la Constitución colombiana, solo la Constitución brasileña de 1988 había introducido mecanismos jurisdiccionales parecidos. Concretamente, el texto brasileño incluyó la “acción popular” (art. 5.LXXII), el “mandamiento de seguridad colectiva” (art. 5.LXIX) y “la acción civil pública” (art. 129. III) (sobre estas acciones, ver: Noguera, *Los derechos...*, op. cit., pp. 77-82).

Otro de los rasgos específicos que en materia de derechos incorporó la Constitución colombiana, aún de manera imperfecta, y que será luego desarrollado por los textos venezolano, ecuatoriano y boliviano, es la llamada *drittwirkung*, esto es, la posibilidad de justiciabilidad directa de los derechos fundamentales frente a terceros particulares y corporaciones económicas privadas.

En la mayoría de países, los derechos fundamentales solo pueden ejercerse contra los actos de la administración pública, no de los particulares. No es hasta las últimas décadas que empiezan a aparecer en las constituciones normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares.^{29, 30}



²⁹ El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad. Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables, como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. En efecto, se partía de que los individuos ocupan una posición de libertad e igualdad natural, por lo que sus relaciones sociales, presididas por la autonomía privada, debían ser ajenas a la regulación jurídico-pública que conllevaría la eficacia de los derechos fundamentales, con el fin de evitar la quiebra de esta paridad consustancial a la sociedad. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era solo el poder estatal el que podía conculcarlos (Vega García, P., "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)", en Carbonell, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 693).

³⁰ En España, por ejemplo, no aparecen en la Constitución normas explícitas de reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. En España, la Constitución guarda silencio. Además, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, del 3 de octubre) dice, en su artículo 41.2, que "el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado". De ello se deriva una falta de eficacia, al menos directa, de los derechos fundamentales frente a los terceros particulares en el ordenamiento constitucional español. Ahora bien, esta falta de eficacia debe ser matizada, la eficacia no es *directa* o *inmediata*, pero sí es, como señala Prieto Sanchís, *indirecta* o *mediata*. La Constitución española establece en el artículo 9.1 que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento", estableciendo, por lo tanto, una relación expresa de sujeción de la ciudadanía a los mandamientos constitucionales (Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 210). Además, el artículo 10.1 de la Constitución señala que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden público y de la paz social", con lo que se desprende que la inviolabilidad de estos derechos se constituye independientemente del sujeto activo de la conculcación eventual de estos, conformando una obligación genérica por parte de todos, también las empresas, y no solo del poder político, de respetar los derechos ajenos (García Morillo, J., "Les garanties dels drets fonamentals", en López Guerra et. al., *Dret Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, I, p. 424). Esta concepción ha sido también prevista en el plano legislativo. Justamente, esto es lo que quiere decir el artículo 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al señalar que "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo primero del título I vinculan, íntegramente, a todos los jueces y tribunales, y están garantizados

Como novedad, la Constitución colombiana, en su artículo 86, reconoce la posibilidad de interponer acción de tutela por vulneración de derechos, no solo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. Ahora bien, a pesar de la novedad, en esta cuestión el texto colombiano presenta todavía importantes limitaciones.³¹ Serán las nuevas constituciones de Venezuela,³² Ecuador³³ y Bolivia³⁴ las que reconozcan ya plenamente, y sin

bajo la tutela efectiva de estos". Hay que mencionar que las expresiones *garantía* y *tutela efectiva* tienen un alcance genérico, no limitado a la protección frente a los actos de los poderes públicos. Además, el apartado siguiente del mismo artículo indica que los derechos aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de acuerdo con el contenido declarado constitucionalmente, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar este contenido. Parece claro, pues, que si las resoluciones judiciales no pueden restringir, menoscabar o inaplicar este contenido, quiere decir que este es efectivo indiferentemente del carácter que tenga, público o privado, el destinatario del mandamiento. Y, de esta manera, no pocas veces el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo frente a violaciones de derechos fundamentales procedentes de particulares, utilizando la vía indirecta de concederlo, no directamente ante el acto del particular –cosa que no sería posible–, sino ante la resolución judicial que pone fin a la tutela solicitada en la jurisdicción ordinaria.

³¹ En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la Ley la regulación de "los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión". No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con la cual, a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional (Estrada, Julio, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", en Carbonell, *Derechos...*, op. cit., p. 270). Este carácter excepcional se convirtió en algo aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto-Ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86 (en cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución –art. 86– de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto-Ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, solo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que, cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público, no cabe interponer la acción de tutela (ibíd., p. 272). Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos frente a empresas.

³² En Venezuela, es el artículo 27 de la Constitución el que regula de manera genérica el amparo, pero es el artículo 2º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, del 27 de septiembre de 1988, que ha mantenido su vigencia una vez aprobada la nueva Constitución de 1999, el que establece: "La acción de amparo (...) también procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados (...)" (ver: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en *Gaceta Oficial* Nº 34.060, del 27 de septiembre de 1988).

³³ La Constitución ecuatoriana de 1998 estableció en su artículo 95: "También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso". Artículo que se repite en el artículo 88 de la actual Constitución ecuatoriana del 2008.

³⁴ O la nueva Constitución boliviana del 2009 dice, en el artículo 128: "La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restringen, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

En Bolivia, la posibilidad de interponer el amparo frente a particulares ya estaba reconocida en la anterior Constitución, sin embargo, la nueva Constitución boliviana del 2009 incorpora también como novedad no

ningún tipo de límite, la eficacia de los derechos frente a terceros particulares y corporaciones económicas.

Finalmente, en referencia a los derechos, debemos referirnos a las novedades introducidas en materia de titularidad de estos. A partir de la noción de “ciudadanía” introducida por Thomas H. Marshall, en su ensayo *Citizenship and social class* (1950),³⁵ como estatus al que se asocian *ex lege* todos los derechos (derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales), muchos de los procesos de constitucionalización de derechos, especialmente del siglo XX, incurrieron en lo que podemos denominar una “ciudadanización de los derechos”, al incorporar gran parte de los derechos civiles, políticos y sociales dentro del ámbito de influencia de un modelo de ciudadanía que vacía de contenido la noción de atribución universal de personalidad como título de atribución y otorga estos solo a aquellos que poseen la “ciudadanía” del país en cuestión. Se produce, por lo tanto, en la mayoría de constituciones del mundo, una asociación entre “nacionalidad” y “ciudadanía”, esto es, los nacionales del país en cuestión gozan de muchos derechos de los que no gozan los extranjeros.³⁶ Como señala Ferrajoli, la ciudadanía constituye hoy

establecida en ninguna otra Constitución, la posibilidad de poder presentar contra particulares, incluso la acción de hábeas corpus, acción que esta Constitución denomina con el nombre de acción de libertad. Con ello se da solución a situaciones que se daban en este país como, por ejemplo, empresarios que cerraban con llave las puertas de empresas para que los trabajadores en huelga adentro no pudieran salir, quedándose sin provisiones. O de hospitales privados que mantenían drogados sin dejarlos irse, hasta que no pagaran, a pacientes a quien ya se tenía que haber otorgado el alta médica, pero que no tenían suficiente dinero para pagar el internamiento en el hospital.

³⁵ Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

³⁶ Como uno de los ejemplos más recientes de ello, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), del 7 de diciembre del 2000, incorporada en el Tratado de Lisboa del 2007. Esta edifica, al igual que los sistemas internos de los Estados parte de la Unión, todo un sistema jurídico sobre la existencia de una desigualdad, o si se quiere de una discriminación, basada en la nacionalidad, entre los nacionales de los Estados miembros y los de terceros Estados. Dicho principio aparece en la Carta de modo inverso a como lo acabo de exponer, con el objetivo de confundir falazmente a los que la leyeran de manera no detenida. Así, el artículo 12 afirma: “En el ámbito de aplicación del presente tratado (...) se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad”. Pero conviene señalar que el ámbito de aplicación del tratado, a esos efectos, viene limitado tan solo a los beneficiarios del sistema, es decir, a los nacionales de un Estado miembro que deseen beneficiarse de alguno de los derechos creados a su favor en la Carta. De modo tal que el sistema impide discriminar entre italianos y franceses, pero obliga a discriminar entre italianos y senegaleses, por ejemplo (Fernández Tomás, A., *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36). La Carta dedica su capítulo V a los “derechos de ciudadanía”. En este recoge un conjunto de derechos que, a diferencia de los establecidos en otros capítulos, su titularidad corresponde solo a los ciudadanos de la Unión. De acuerdo con este, son derechos exclusivos de los ciudadanos europeos el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento europeo (art. 39), a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40), a la libertad de circulación y residencia (art. 45), y a la protección diplomática y consular (art. 46). En cuanto al derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas (art. 42), de acceso al Defensor del Pueblo (art. 43) y de petición ante el Parlamento europeo (art. 44), aparte de a los ciudadanos de la Unión, se reconocen también para aquellas personas físicas y jurídicas que sean residentes o tengan su domicilio social en un Estado miembro, pero no para los inmigrantes en situación irregular. Fuera del capítulo V, en el capítulo II dedicado a las “Libertades”, cuando se establece “la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”, el artículo 15.2 restringe la titularidad de esta libertad a “todo ciudadano de la Unión”, con lo cual parece que esta libertad debería estar dentro

el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por estatus. Como tal, se opone a la universalidad e igualdad de los derechos fundamentales proclamada en 1789.³⁷

En contraposición a esta concepción, la Constitución colombiana reconoce plenamente el principio de universalidad de los derechos en su artículo 13, atribuyendo a todas las personas en el interior del país, sin importar la nacionalidad, los mismos derechos, libertades y oportunidades. De igual modo, lo harán también, en los años siguientes, la Constitución venezolana (art. 19), ecuatoriana de 1998 (art. 17) y 2008 (art. 10), y boliviana del 2009 (art. 14.1). Convirtiéndose en constituciones mucho más garantistas para los extranjeros que la mayoría de constituciones anteriores.

2.2. Novedades en el ámbito político: la introducción de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y de control social del poder

Otro de los rasgos característicos de las nuevas constituciones latinoamericanas es la democratización del Estado y la sociedad. Conjuntamente con los mecanismos tradicionales de “democracia representativa”, esto es, el sufragio activo y el sufragio pasivo, regulado en el apartado 1 del artículo 40 de la Constitución colombiana, este mismo artículo incorpora también, en sus otros apartados, todo un conjunto de mecanismos participativos y de control democrático sobre el poder. Ello denota la voluntad del constituyente de dotar al sistema político colombiano de una nueva naturaleza y colocar al Estado en una relación intrínseca con la noción de “participación”.

Entre los mecanismos novedosos de participación que incorporó este artículo 40, y que luego son recogidos también por las posteriores constituciones latinoamericanas, encontramos:

del capítulo V y no del II. No obstante, tampoco debemos hacer mucho caso de esta ubicación, ya que la Carta en general no tiene una estructura demasiado coherente, el derecho a una buena administración (art. 41), por ejemplo, cuya titularidad se reconoce textualmente a “toda persona”, está ubicado dentro del capítulo V, cuando por coherencia de estructura debería ir en otro lugar.

En resumen, lo que nos interesa aquí es ver cómo aquello que podemos considerar los derechos claves de la ciudadanía europea: las libertades de circulación, residencia y trabajo, tiene restringida su titularidad a los ciudadanos europeos, hecho con el cual no se busca sino impedir el establecimiento en territorio europeo de los inmigrantes pobres (García Manrique, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”, en Miraut, L. (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 283-284).

³⁷ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 97-124.

2.2.1. La figura del mandato frente a la representación (art. 40.4)

Las formas democráticas se desarrollaron, principalmente, en los siglos XIX y XX, en forma de representación. Robert Michels,³⁸ asociado a los trabajos de Weber, estableció cómo el movimiento de profesionalización de la política que acompaña los regímenes representativos crea en los políticos un “interés especial” que los lleva a independizarse del mandato de sus representados. Sobre esto Kelsen había sentenciado: “Pero desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)”.³⁹

Ante este esquema, la única manera de reconciliar la representación con la democracia es mediante la capacidad de los ciudadanos de ejercer control sobre sus representantes y revocarlos en caso de que consideren que no están interpretando correctamente la voluntad popular. Esto es, la sustitución de la “representación”⁴⁰ por el “mandato”.⁴¹

La Constitución colombiana recoge como elemento novedoso de las constituciones vigentes en el mundo la posibilidad de los electores de revocar el mandato de los cargos públicos electos (arts. 40.4 y 103).⁴² Sin embargo, el texto constitucional no especifica qué cargos electos pueden ser revocados.



³⁸ Michels, R., *Les Partis Politiques*, Flammarion, Paris, 1971.

³⁹ Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, p. 402.

⁴⁰ La representación es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada *representante* asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad; de hecho el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general, requieren *representante* los menores de edad y los incapacitados (Bulté, J. F., “Democracia y república. Vacuidades y falsedades”, *Temas*, La Habana, enero-marzo 2004, (36), p. 98). En esta misma lógica, la organización de un sistema político alrededor de la figura de la representación, modelo defendido originariamente por Montesquieu, concebía al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (supuestos representantes).

⁴¹ La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, gran admirador de la república romana y de sus instituciones. Para Rousseau, inspirándose en Roma, la representación era la negación de la soberanía del pueblo que no puede ser delegada. En contraposición a la figura de la representación, Rousseau defiende la figura del *mandato*.

En el mandato, figura también originaria del derecho privado, se produce un contrato consensual, por el que una persona llamada *mandante*, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada *mandatario* que haga en su nombre tal o cual gestión. No obstante, el mandante no enajena su personalidad ni voluntad, sino que simplemente cede algo de autoridad para que, en su nombre, el mandatario haga determinadas diligencias y vigila constantemente el cumplimiento del mandato, reservándose el derecho de rescindir el mandato en cualquier momento (Bulté, “Democracia...”, op. cit., p. 98).

⁴² En Latinoamérica, solo la Constitución cubana de 1976 permitía esa posibilidad.

Fue la Ley 134 de 1994 (art. 69) –reformada por la actual Ley 741/2002–, la que limitó esta posibilidad solo para los cargos de alcaldes y gobernadores.

La posibilidad de revocación de mandato introducida por la Constitución colombiana fue recogida posteriormente por la Constitución ecuatoriana de 1998, en este caso, también de una manera limitada, es decir solo para los cargos de alcaldes, prefectos y diputados (arts. 109 a 113, Constitución de 1998). No será hasta las constituciones de Venezuela de 1999 (art. 72), de Ecuador del 2008 (art. 61.6) y de Bolivia del 2009 (art. 240.I) que el reconocimiento constitucional de la revocación de mandato alcance a todos los cargos públicos de elección popular, incluido el Presidente de la República.⁴³

2.2.2. Otras formas de participación democrática: plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildo abierto, iniciativa legislativa, etc. (art. 40.2 y 40.5)

Conjuntamente con los mecanismos anteriores, el artículo 40.2 y 40.5 establece además otras formas de participación democrática. Estos instrumentos (plebiscitos, referendos, consulta popular, cabildo abierto, etc.) aparecen desarrollados en el título IV, capítulo 1 de la Constitución (De la participación democrática y los partidos políticos), donde se explicita la potestad tanto del Presidente de la República (art. 104), como de gobernadores y alcaldes (art. 105), para convocar a estas formas de consulta sobre asuntos de competencia de su respectivo nivel territorial.

Con la introducción de estos mecanismos de democracia participativa, la Constitución colombiana abre una tendencia en las siguientes constituciones latinoamericanas, las cuales no solo recogen muchos de los instrumentos de participación existentes en el texto colombiano, sino que introducen muchos otros.

En Venezuela, el artículo 62 establece cómo “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” y la “obligación del Estado de garantizar esta participación”. Fijando, a lo largo del texto, una gran cantidad de mecanismos de participación ciudadana que permitan hacer efectiva tal participación.⁴⁴



⁴³ El primer referendo revocatorio de un jefe de Estado en Latinoamérica tiene lugar en este país el 15 de agosto del 2004.

⁴⁴ Algunos de estos mecanismos son la posibilidad de los ciudadanos de convocar referendos para la abrogación de leyes dictadas por la Asamblea Nacional o decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente (art. 74); la obligatoria participación de la ciudadanía en la planificación del régimen socioeconómico (art. 299) o en la elaboración de políticas de ordenación del territorio (art. 120); la posibilidad de que los ciudadanos puedan forzar la convocatoria de referendo consultivo referido a materias de especial trascendencia nacional, en los Estados o municipios (art. 71) o tratados internacionales que afecten a la soberanía o impliquen cesión de competencias a órganos supranacionales (art. 73); etc. (sobre la

En Ecuador, una primera consagración jurídica de los fundamentos de un modelo de democracia superador del modelo basado en la mera “representación” tuvo lugar con la Constitución de 1998. Esta Constitución reconoció ya mecanismos no solo de la “democracia representativa”, sino también muchos de los llamados mecanismos de la “democracia participativa”.⁴⁵ Diez años después, el nuevo texto constitucional del 2008 supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país.⁴⁶

participación ciudadana directa en la Constitución de Venezuela de 1999, ver: Criado, M., “La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela”, en Viciano, R. & Salamanca, L., *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; y Noguera, A., “Reflexiones a partir del análisis del presidencialismo en la Constitución venezolana: la articulación ejecutivo-ciudadanos en la acción de gobierno”, en Palacios, F. & Velázquez, D. (eds.), *Estudio sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009, pp. 315-332).

⁴⁵ La Constitución ecuatoriana de 1998 reconocía ya la posibilidad de consulta popular en “asuntos de trascendental importancia” para el país que no sean la reforma constitucional, convocada por el Presidente o por ciudadanos que representen el ocho por ciento del padrón; la decisión que surja de la votación es obligatoria (arts. 104 y 105). Se regula también la iniciativa de proyectos de ley por personas que representan la cuarta parte del uno por ciento del padrón (o a través de “movimientos sociales de carácter nacional”) y participar de los debates parlamentarios apoyando el proyecto por medio de delegados (arts. 146 y 149). Así mismo, se prevé la revocatoria del mandato de alcaldes, prefectos y diputados de su elección “por actos de corrupción o incumplimiento injustificado del plan de trabajo”, convocándose a la ciudadanía si el pedido lo formula el treinta por ciento de los empadronados (arts. 109 y 110). En cuanto a la superación de la tripartición de poderes, la Constitución de 1998 empezó a delimitar la reformulación de la división en tres poderes hacia los cinco poderes o funciones, aunque esta transición no queda todavía del todo clara, pues, si bien se ubican todos los organismos de los cinco poderes dentro del título de las instituciones del Estado, al ejecutivo, legislativo y judicial los denomina funciones, mientras que lo electoral o el control social no reciben todavía el nombre de “funciones” del Estado, sino de “organismos”.

⁴⁶ A diferencia del anterior artículo 1º de la Constitución de 1998, que señalaba que “la soberanía radica en el pueblo, (...) que la ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”, el nuevo texto constitucional sustituye el concepto de “medios democráticos” por el de “formas de participación directa”. Esto, conjuntamente con el artículo 95 que afirma: “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano” y la multiplicación de los mecanismos y espacios populares de toma de decisiones (establecimiento de mecanismos de participación ciudadana en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos –art. 85–; en la selección del personal de la administración de justicia –art. 170–; en la creación de instancias de participación en todos los niveles de gobierno para la elaboración de planes y políticas, presupuestos participativos, etc. –art. 100–; la existencia en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados de una “silla vacía” que ocupará un representante ciudadano en función de los temas por tratarse –art. 101–; la constitucionalización de la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos –art. 347.11–; la participación ciudadana y control social en el sistema nacional de salud –art. 359–; la creación de concejos ciudadanos con un papel activo en la planificación para el desarrollo a nivel nacional, regional, provincial y local, lo que supone la generación de estructura comunitaria para la implementación de los planes de desarrollo –art. 279–; la explícita referencia a promover medidas especiales destinadas a facilitar la participación política y social de grupos vulnerables –arts. 39 ó 50.4–), hace de la Constitución ecuatoriana del 2008 uno de los textos constitucionales con más mecanismos de participación ciudadana directa en las decisiones sobre asuntos públicos (sobre los mecanismos de participación y control democrático sobre el poder en la Constitución ecuatoriana del 2008, ver: Noguera, A., “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación, función electoral y función de control y transparencia social en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Ávila, R.; Grijalva, A. & Martínez, R. (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*, Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Quito, 2008, pp. 89-107).

En la misma dirección que sus antecesoras, la Constitución boliviana también reconoce una gran cantidad de mecanismos de participación directa de la ciudadanía, entre muchos otros, y aparte de los ya citados, la obligatoria celebración de referendo para la ratificación de aquellos tratados internacionales que hacen referencia a determinadas materias,⁴⁷ así como cualquier otro cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral o el treinta y cinco por ciento de los diputados (art. 259.I).⁴⁸

2.2.3. El control e interposición de acciones por parte de los ciudadanos en defensa de su voluntad constituyente (art. 40.6)

El mecanismo jurisdiccional mediante el que se ejerce la función de dirigirse al Tribunal Constitucional para exigirle que controle el cumplimiento por parte de los poderes públicos de la Constitución ha sido, tradicionalmente, el recurso de inconstitucionalidad.

Siguiendo la lógica de la tripartición de poderes como sistema de autocontrol del poder ejercido de espaldas a los ciudadanos mediante un sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del Estado,⁴⁹ en el constitucionalismo liberal clásico europeo (modelo concentrado de control de constitucionalidad) y norteamericano (modelo difuso de control de constitucionalidad), la legitimidad activa para interponer recurso de constitucionalidad contra los actos de un poder reside solo en los otros poderes, pero no en los ciudadanos.⁵⁰



⁴⁷ Concretamente: integración monetaria, alteración de límites territoriales, integración económica estructural y cesión de competencias constitucionales a organismos internacionales o supranacionales.

⁴⁸ Otros mecanismos de participación directa que prevé la Constitución boliviana son la consulta a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (art. 30.II.15), la consulta obligatoria a la población afectada sobre aquellas medidas relativas a la explotación de recursos naturales ubicados en su territorio (art. 352); la convocatoria de consultas y referendos departamentales y municipales en materias de su competencia (arts. 300.3 y 302.3); participación y consulta ciudadana en el proceso de planificación económica y social (art. 316.1); participación ciudadana en la gestión medioambiental (art. 343); etc.

⁴⁹ Para evitar los posibles abusos de poder de los representantes, lo que hay que hacer, decía Montesquieu, era dividir el poder en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) con capacidad cada uno de ellos de limitar el poder del otro. La tripartición de poderes (cuyo origen está en la división de poderes en Inglaterra entre monarquía, nobleza y comunes o burguesía) es un sistema de autocontrol del poder, ejercida de manera separada del pueblo, mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado.

⁵⁰ En modelos de control concentrado de constitucionalidad, como, por ejemplo, España o Alemania, la legitimidad activa para interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional corresponde, en el caso español, al “Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, sus asambleas” (art. 162.1, Constitución española de 1978), y, en el caso de Alemania, al “Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag” (art. 93.2, Ley Fundamental de Bonn de 1949). Y, en modelos de control difuso de constitucionalidad, como es el caso de los Estados Unidos, el recurso de inconstitucionalidad siempre tiene un carácter incidental, es decir, las cuestiones de inconstitucionalidad siempre se plantean de manera incidental en el transcurso de un juicio particular y concreto ante los tribunales ordinarios en el que surge la duda sobre la constitucionalidad de una norma,

Es en Latinoamérica donde las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) empiezan a otorgar legitimidad activa a cualquier ciudadano para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los actos del poder, conformándose este recurso como un mecanismo de enfrentamiento directo ciudadano-Estado para asegurar el respeto y cumplimiento de la voluntad constituyente, expresada en la Constitución.⁵¹

La Constitución colombiana de 1991, en sus artículos 241 y 242, otorga la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución.⁵²

En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 no especifica a quién corresponde la legitimidad activa para interponer acción de inconstitucionalidad, es el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el que otorga legitimación activa a “toda persona natural o jurídica” para presentar esta acción.⁵³

y es el juez que conoce del caso quien remite la cuestión al Tribunal Supremo. En ninguno de estos dos modelos clásicos, los ciudadanos pueden presentar, directamente, un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

⁵¹ El primer antecedente de la legitimación activa universal para interponer esta acción lo encontramos ya, en el siglo XIX, en Colombia, en la “acción ciudadana” de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal del 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales (ver: Brage, J., *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000, pp. 60-61). Posteriormente, ya en el siglo XX, constituciones, como la de Brasil de 1988, permitieron presentar recursos de inconstitucionalidad a los sindicatos y partidos políticos (art. 103), aunque no a las personas individuales. Así mismo, en Perú, según la Constitución de 1993, pueden interponer recurso de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado (art. 203.5), pero, en ningún caso, un solo ciudadano. No es hasta las últimas décadas que las constituciones aprobadas en la región contemplan ya la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.

⁵² El artículo 241.4 de la Constitución colombiana de 1991 establece: “Corresponde a la Corte Constitucional: (...) decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”; y, el artículo 242.1: “Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública”.

⁵³ Aunque el artículo exige que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, ello no debe entenderse de manera estricta, la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en Sentencia 1077 del 22 de agosto del 2001, ha señalado que “cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley” –caso: “Servicio Tulio León Briceño”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, 2001, (83), pp. 247 y ss.–, con lo cual, cualquier ciudadano con plena capacidad jurídica puede intentar el recurso de inconstitucionalidad.

En Ecuador, a pesar de que la Constitución de 1998 permitía la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad por parte de cualquier persona “previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia” o de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, la nueva Constitución del 2008 elimina estas limitaciones y adopta el sistema de acción popular, de forma que la acción puede ser propuesta por cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, es decir, sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo (art. 439).⁵⁴

Y, finalmente, en Bolivia, si bien con la anterior Constitución de 1967 solo podían interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, un senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo (art. 120.1), la nueva Constitución boliviana del 2009 reconoce ya, en su artículo 132, la posibilidad de que lo pueda hacer “toda persona individual o colectiva”.⁵⁵

Ahora bien, la vulneración de la voluntad constituyente no solo puede producirse mediante la promulgación de una norma legal contraria a las disposiciones constitucionales, sino que también pueden haber distintas situaciones de omisión que impliquen vulneración de contenidos constitucionales.⁵⁶



⁵⁴ Constitución ecuatoriana del 2008, art. 439: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

⁵⁵ Ahora bien, aunque la reciente Constitución boliviana del 2009 reconoce esta posibilidad, la Ley 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, del 6 de julio del 2010, dictada con posterioridad a la Constitución, contradice abiertamente la Constitución al otorgar legitimidad activa para interponer acción abstracta de inconstitucionalidad solo al Presidente del Estado, diputados y senadores, legisladores y autoridades ejecutivas de territorios autónomos y al Defensor del Pueblo (art. 104), pero no a los ciudadanos como sí les reconoce la Constitución en el citado artículo 132. Nos encontramos, por lo tanto, ante una ley con disposiciones inconstitucionales que todavía no han podido ser revisadas, puesto que el Tribunal Constitucional está aún a la espera de conformarse, mediante el procedimiento de sufragio universal establecido por el nuevo texto constitucional. No obstante, sí que la Ley 27 tendrá que ser revisada y sometida a control de constitucionalidad una vez conformado el nuevo Tribunal.

⁵⁶ Esto tiene especial razón de ser en el caso de las últimas constituciones latinoamericanas que, a diferencia de las constituciones liberales clásicas, no solo son textos formales articulados sobre dos ejes: la declaración de los derechos y la división de poderes, sino que son textos mucho más largos que establecen también, conjuntamente a los elementos anteriores, las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana del 2008 introduce, dentro del título referente a las garantías constitucionales novedades importantes, entre ellas, el reconocimiento de “garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”. A diferencia de la mayoría de constituciones, donde las garantías se entienden ligadas a la función judicial, en el nuevo texto ecuatoriano esto no es así y estas van mucho más allá del ámbito judicial. La Constitución ecuatoriana del 2008 establece una clasificación de estas en tres grupos: garantías normativas (art. 84); garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 85); y garantías jurisdiccionales (arts. 86 a 94), con lo cual no solo el poder judicial está obligado a hacer cumplir la Constitución, sino también el ejecutivo y el legislativo.

De acuerdo con las llamadas garantías normativas, establecidas en el artículo 84, cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el Parlamento al dictar leyes, el Presidente al dictar reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligado a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, las disposiciones constitucionales. Por otro lado, otra de las novedades, no presente en otras constituciones,

En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo XX que empiezan a aparecer por primera vez en el constitucionalismo normas que atacan la vulneración de la Constitución por omisión y establecen acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan hacer frente a estas situaciones. Colombia es una de las primeras constituciones que las reconoce,⁵⁷ no obstante, en este país tiene un ámbito más restringido en tanto se limita a leyes y actos administrativos, no pudiéndose aplicar para normas de rango constitucional. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En los años siguientes, han sido las últimas constituciones de Ecuador del 2008 (art. 93) y de Bolivia del 2009 (art. 134.I) las que han previsto, de manera clara, acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan atacar la vulneración por omisión de la Constitución por parte de los poderes públicos.

2.3. Novedades en el ámbito cultural: el reconocimiento del carácter multicultural del Estado

Asistimos en el último cambio de siglo a un salto cualitativo en el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Los nuevos textos constitucionales vienen ahora a dedicarles a los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos así exactamente identificados, una atención impensable, ya no digo hace un siglo atrás, sino hace veinticinco años atrás.

Existen ya varios países donde se desarrolla una extensa legislación indigenista en el plano constitucional –aunque la amplitud de estos derechos difiere, naturalmente, según el caso concreto–. Estas cartas se responsabilizan por sus comunidades y fijan ciertas reglas para permitir la supervivencia de su

es el capítulo II (“Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”), el cual implica que la Constitución no solo proclama derechos y directrices de orden económico, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Consiguientemente, se establecen garantías no solo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino garantías para que los ciudadanos puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectiva la voluntad constituyente expresada en la Constitución (ver: Noguera, A., “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, *Revista Vasca de Administración Pública*, IVAP, enero-abril 2009, (83), pp. 125-126).

⁵⁷ Los antecedentes previos a la Constitución colombiana fueron la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina), de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción de promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo, por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios. O la Constitución brasileña de 1988, que fijó, en su artículo 102, párrafo 1º, la “alegación de incumplimiento de un precepto fundamental”, alegación que puede interponer cualquier persona directamente ante el Supremo Tribunal Federal (STF).

cultura y la protección de sus tierras. El multiculturalismo constitucional contenido en estos articulados es un fenómeno reciente que se inicia en 1986 con la promulgación de las cartas constitucionales de Guatemala y Nicaragua,⁵⁸ y que adquirirá especial desarrollo con la Constitución colombiana de 1991 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano. En el texto colombiano, encontramos ya una gran cantidad de artículos referentes a los derechos de los pueblos indígenas: reconocimiento y protección de diversidad étnica y cultural del Estado (art. 7º); reconocimiento de la oficialidad, en sus respectivos territorios, de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos y enseñanza bilingüe en estas zonas (art. 10); derecho de los integrantes de los grupos étnicos a una formación y educación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68); derecho a la nacionalidad para los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (art. 96.2); existencia de circunscripciones especiales para la elección de senadores por parte de las comunidades indígenas (art. 171); existencia de circunscripciones especiales para la elección de miembros de la Cámara de Representantes por parte de las comunidades indígenas (art. 176); derecho de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales según sus normas y procedimientos, dentro de sus territorios (art. 246);⁵⁹ reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales propias dentro de la organización territorial del Estado (art. 286); establece el mandato de dictar una ley que reconozca a la comunidades negras que han venido ocupando tierras desde años atrás la propiedad colectiva sobre estas (art. Trans. 55).



⁵⁸ Gregor Barié, C., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Ed. Instituto Indigenista Latinoamericano, México/Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México/Editorial Abya-Yala, Ecuador, 2003, p. 87.

⁵⁹ El artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991 establece la jurisdicción indígena según la cual las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando "se respete la Constitución y la Ley". No obstante, en 1996 la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia T-349, manifestó que no todas las normas constitucionales y legales constituyen un límite a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, de lo contrario "el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico". El juez constitucional, a través del principio de la "maximización de las comunidades indígenas" y, por lo tanto, de la "minimización de las restricciones" a las indispensables para salvaguardar intereses de mayor jerarquía, determinó que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos "mínimos aceptables", por lo que "sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre". En efecto, la corporación señaló que este "núcleo de derechos intangibles incluirá solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura". La Corte fundamentó esta postura con base en que, por un lado, sobre estos derechos existe un "consenso intercultural", y, por otro, son derechos que de conformidad con los tratados de derechos humanos y el derecho internacional humanitario son parte del "núcleo de derechos intangibles". Además, la Corte adicionó a este conjunto de derechos el derecho del sujeto a un "debido" proceso (previsibilidad) adecuado a su cultura, esto es, a ser juzgado según las normas y procedimientos preexistentes en su cultura (Sentencia T-349/1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Con posterioridad, la mayoría de estos derechos reconocidos en Colombia fueron recogidos también, y ampliados a muchos otros, por las constituciones de Ecuador de 1998⁶⁰ y 2008,⁶¹ Venezuela de 1999⁶² y, sobre todo, Bolivia del 2009, que es el texto más avanzado en la actualidad en reconocimiento de derechos de los pueblos y naciones indígenas.⁶³

El reconocimiento de los derechos indígenas en el propio texto constitucional es, por lo tanto, otra de las novedades de las nuevas constituciones en América Latina. Hasta estos textos, tanto en América Latina como en otros países donde se reconocen tales derechos, no eran las constituciones sino la legislación derivada de esta la que consagraba el reconocimiento de muchos derechos indígenas a los que la Constitución ni siquiera hacía mención general.⁶⁴ No obstante, el paso del reconocimiento de estos dere-



⁶⁰ Algunos de los derechos que en este sentido recoge la Constitución ecuatoriana de 1998 son: el reconocimiento de la diversidad de pueblos, etnias y culturas (Preámbulo); reconocimiento del Estado social de derecho, pluricultural y multiétnico (art. 1º); creación de defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas (arts. 24, 10); obligación del Estado de fomentar la educación intercultural multilingüe (arts. 62, 66, 69); reconocimiento y derechos colectivos para pueblos indígenas: identidad y tradiciones, tierras comunitarias son inalienables, nuevas adjudicaciones, usufructo de recursos renovables, participación en explotación, preservar formas tradicionales de organización social, conocimientos ancestrales, administración de patrimonio cultural, educación bilingüe, medicina tradicional, intervención en planes del desarrollo, participación en organismos oficiales (art. 84); aplicabilidad de los derechos colectivos a pueblos negros o afroecuatorianos (art. 85); reconocimiento de los principios del *ama quilla*, *ama llulla*, *ama shua* –no ser ocioso, no mentir, no robar– (arts. 97, 20); reconocimiento de circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (arts. 224, 228); reconocimiento de las transacciones por trueque (art. 253); etc.

⁶¹ La Constitución ecuatoriana del 2008 reconocerá todos los derechos incluidos en la de 1998, concediendo, además, muchos otros. Sobre los derechos indígenas en el texto ecuatoriano del 2008, ver: Montaña, J., “La función judicial y la justicia indígena en la constitución ecuatoriana”, en Ávila, R.; Grijalva, A. & Martínez, R., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia/Tribunal Constitucional, Quito, 2008, pp. 189-216.

⁶² En materia de derechos de los pueblos indígenas, la Constitución venezolana de 1999 se caracteriza por: reconocimiento de una sociedad democrática, multiétnica y pluricultural (Preámbulo); reconocimiento de la oficialidad de los idiomas indígenas para los pueblos indígenas (art. 9º); respeto a la interculturalidad (art. 100); reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas de su organización, cultura, usos, costumbre, idiomas, hábitat, derechos originarios sobre tierras que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 119); derechos de consulta antes de ser aprovechados los recursos naturales en hábitats indígenas (art. 120); derecho a identidad étnica: lugares sagrados, educación intercultural y bilingüe (art. 121); reconocimiento y protección de su medicina tradicional (art. 122); reconocimiento y protección de las prácticas económicas de pueblos indígenas (art. 123); protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas (art. 124); representación de indígenas en Asamblea Nacional y en otros cuerpos deliberantes (art. 125); régimen especial de tierras de comunidades y pueblos indígenas (art. 181); derecho de los pueblos indígenas a elegir tres diputados o diputadas, respetando sus tradiciones y costumbres (art. 186); reconocimiento de la jurisdicción indígena en sus territorios (art. 260); obligación del Defensor del Pueblo de velar por los derechos indígenas (art. 281); etc.

⁶³ Sobre el reconocimiento de la plurinacionalidad y los derechos indígenas en el texto boliviano del 2009, ver: Noguera, A., “Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios para iniciar el debate en torno al nuevo proyecto de Constitución boliviana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, (84), pp. 147-177; y Noguera, A., “Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 2009, (87), pp. 241-270.

⁶⁴ En Bolivia, por ejemplo, antes de que la Constitución del 2009 recogiera todos los derechos indígenas, estos estaban dispersos en más de sesenta leyes, decretos supremos y reglamentos. Especialmente, las

chos del plano infraconstitucional al plano constitucional supone un gran avance, pues la constitucionalización de estos derechos, desde el punto de vista de la eficacia y alcance legal, es más conveniente, ya que elimina su diseminación y disgregación.⁶⁵

CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La incapacidad del constitucionalismo occidental tradicional para hacer frente al dismantelamiento del Estado social y al cambio en el sistema de fuentes del derecho que ha causado la mundialización lo ha llevado a una profunda situación de crisis.
2. En contraposición a la situación de debilidad y crisis del constitucionalismo en Europa y Norteamérica, durante los últimos años, se ha producido en América Latina la aparición de nuevos procesos constituyentes y reformas constitucionales que han introducido rasgos constitucionales propios, claramente diferenciados de lo que hasta ahora se consideraba correcto en la doctrina constitucional ortodoxa, provocando un fortalecimiento de los conceptos de Constitución y constitucionalismo en esta región.
3. Esta situación ha llevado a hablar del surgimiento de un neoconstitucionalismo latinoamericano, cuyos textos exponentes son la Constitución de Venezuela de 1999, las constituciones de Ecuador de 1998 y 2008, y la Constitución de Bolivia del 2009.
4. Muchos de los rasgos novedosos que presentan estas constituciones y que les permiten conformar una forma constitucional propia empiezan a aparecer y consolidarse ya, aunque de manera limitada, con la Constitución colombiana de 1991. El texto colombiano de 1991 define un punto de inflexión en la evolución constitucional, no solo latinoamericana sino mundial, sentando las bases para el inicio del nuevo constitucionalismo latinoamericano.
5. Los principales rasgos definitorios del nuevo constitucionalismo latinoamericano que comienzan a consolidarse con el texto colombiano y que serán desarrollados, posteriormente, con los textos de Venezuela,

Leyes de Participación Popular (1994), INRA (1996), Municipalidades (1999) y de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas (2004).

⁶⁵ Como dice Valcarce: "No basta con que un tema, una problemática o un derecho sean parte de un ordenamiento jurídico, sobre todo en países, como el nuestro, en los que la estabilidad o vigencia de la ley es volátil o su observancia está debilitada. Es necesario que estos aspectos estén revestidos de un manto constitucional para asegurar su mayor eficacia" (Valcarce, C., *Análisis de la temática indígena/campesina en el derecho constitucional comparado, en perspectiva de la reforma constitucional boliviana*, Apostamos por Bolivia, La Paz, 2004, p. 14).

Ecuador y Bolivia, son: en primer lugar, rasgos procedimentales, esto es, la recuperación de los principios de la soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente originario. Y, en segundo lugar, rasgos de contenido, que afectan al ámbito de los derechos y la ciudadanía, político, económico y cultural.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aponte, C., "Los derechos sociales y la Constitución de 1999: ¿nuevas garantías o espejismos?", en Maingon, T. (ed.), *La cuestión social en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Cendes, Caracas, 2000.
2. Ávila, R.; Grijalva, A. & Martínez, R. (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*, Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Quito, 2008.
3. Brage, J., *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000.
4. Buenahora, J., *El proceso constituyente*, Tercer Mundo, Bogotá, 1992.
5. Bulté, J. F., "Democracia y república. Vacuidades y falsedades", *Temas*, La Habana, enero-marzo 2004, (36).
6. Capella, J. R., *Estado y derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales*, Concejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
7. Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
8. Caso: "Servicio Tulio León Briceño", *Revista de Derecho Público*, Caracas, 2001, (83).
9. Courtis, C., "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en Gargarella, R.; Domingo, P. & Roux, T. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracias*, Ashgate, Aldershot, 2006.
10. Criado, M., "La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela", en Viciano, R. & Salamanca, L., *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
11. De Cabo, C., *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1978.
12. De Cabo, C., *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
13. De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
14. Estrada, Julio, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", en Carbonell, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.

15. Fernández Tomás, A., *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
16. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2009.
17. García Manrique, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”, en Miraut, L. (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
18. García Morillo, J., “Les garanties dels drets fonamentals”, en López Guerra et. al., *Dret Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, I.
19. García, P., “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en Carbonell, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.
20. Gregor Barié, C., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Ed. Instituto Indigenista Latinoamericano, México/ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México/ Editorial Abya-Yala, Ecuador, 2003.
21. Kelsen, H. *Teoría general del Estado*, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934.
22. Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en *Gaceta Oficial* N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988.
23. Londoño, B., “Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de los derechos colectivos”, en Londoño, B. (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.
24. Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.
25. Martínez, R., “El proceso constituyente venezolano de 1999: un ejemplo de activación democrática del poder constituyente”, en Viciano, R. & Salamanca, L. (eds.), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
26. Michels, R., *Les Partis Politiques*, Flammarion, Paris, 1971.
27. Montaña, J., “La función judicial y la justicia indígena en la Constitución ecuatoriana”, en Ávila, R.; Grijalva, A. & Martínez, R., *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia/Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
28. Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.
29. Noguera, A., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
30. Noguera, A., “¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2008, (143).

31. Noguera, A., "Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 2009, (87).
32. Noguera, A., "El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008", *Revista Vasca de Administración Pública*, IVAP, enero-abril 2009, (83).
33. Noguera, A., "Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios para iniciar el debate en torno al nuevo proyecto de Constitución boliviana", *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, (84).
34. Noguera, A., "Reflexiones a partir del análisis del presidencialismo en la Constitución venezolana: la articulación ejecutivo-ciudadanos en la acción de gobierno", en Palacios, F. & Velázquez, D. (eds.), *Estudio sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2009.
35. Palacios, F., "La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano", *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia (España), 2006, (14).
36. Pérez Royo, J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
37. Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
38. Siéyès, E., "Exposición razonada de los derechos del hombre", en id. *Escritos y discursos de la revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
39. Uprimny Yepes, R., "Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court", en Coomans, F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.
40. Viciano, R. & Salamanca. L. (eds.), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Caracas, 2004 (edición española de Tirant lo Blanch/Fundación CEPS, Valencia –España–, 2005).
41. Valcarce, C., *Análisis de la temática indígena/campesina en el derecho constitucional comparado, en perspectiva de la reforma constitucional boliviana*, Apostamos por Bolivia, La Paz, 2004.
42. Viciano, R. & Martínez, R., "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia (España), 2005, (13).