

## **La constitucionalización del derecho en la sociedad capitalista**

*The constitutionalization of the Law in the capitalist society*

Paula Estefanía Castañeda Infante\*

### **Resumen**

Con el fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado y desde el siglo XX ha tenido a la Carta Fundamental de 1991 como eje esencial. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque “la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que es verdadero Derecho” (**Louis Joseph Favoreu**), concentrado en cualquier tipo de legislación que nos permite optimizar esos preceptos constitucionales que, prima facie, no irían yuxtapuestos con el capitalismo que ha venido acaparando nuestra sociedad actual.

### **Palabras clave**

Constitucionalización, capitalismo, Constitución Política de 1991.

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

**Abstract**

With the phenomenon of the constitutionalization, the gravity center of the juridical order has been displaced and from XX Century has had the Political Constitution of 1991 as its essential axle. Today we must speak about the constitutionality principle because "the Constitution is not anymore a Right of preamble, nor another one of political nature, but it is true Right" (Louis Joseph Favoreu), concentrated on any kind of legislation that allows us to get the best of those constitutional rules which, at the first sight, will not be blended with the capitalism that has dominated our present society.

**Key words**

Constitutionalization, capitalism, Political Constitution of 1991.

## Introducción

El tema y la problemática de la constitucionalización del derecho, que no tienen más de dieciocho años, no habrían podido desarrollarse sin la ayuda del derecho comparado. Además, esta problemática dejó completamente en claro que la constitucionalización del derecho lleva a la unificación del derecho. Dos razones tengo para elegir dentro de este artículo: *la constitucionalización del derecho y la sociedad capitalista*.

Actualmente existe una profunda preocupación en cuanto a la naturaleza de los cambios acaecidos bajo el imperio del denominado *nuevo derecho constitucional*, jalonado en nuestro país por la prolija actividad de la Honorable Corte Constitucional con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. La Corte, vale anotar, encuentra su fuente, sin duda, en lo adelantado por otros tribunales constitucionales del mundo.

En efecto, se plantea en la doctrina y en la praxis, si el Derecho de manera general sigue siendo orientado por el principio de legalidad y por el sendero marcado por cada especialidad (derecho administrativo, derecho civil, derecho laboral), o si, por el contrario, estamos frente a un nuevo y único camino guiado por la primacía de los preceptos constitucionales y por la huella que “dominantemente” deja la Corte Constitucional. Para mayor

impacto de aquellos desprevenidos, es preciso aclarar que en la actualidad estamos sumergidos en una sociedad cada vez más capitalista que se guía por pilares como la secularización y la industrialización que muestran un análisis antagónico de la teoría biclasista de todos los tiempos: proletariado y burguesía, o lo que en un lenguaje más común vendrían siendo pobres y ricos.

Muchas veces se niega que pueda existir en Colombia un proceso de constitucionalización del derecho, con el argumento de que, a diferencia de los demás sistemas de justicia constitucional, el nuestro no permite a los individuos acceder al juez constitucional.

En verdad, nada es menos seguro, porque el proceso de constitucionalización no está necesariamente vinculado con la existencia de un acceso de los individuos a la justicia constitucional. Sin embargo, es cierto que sin justicia constitucional no existiría este proceso, lo que infirma la tesis bien conocida según la cual el Estado Social de Derecho sería el mismo con o sin justicia constitucional.

En el proceso de constitucionalización deben tomarse en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de una Carta Superior, en nuestro caso la de 1991, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico, que, vale la aclaración, debe

ir de la mano de un ente que lo despliegue, la Corte Constitucional.

Ha sido posible, primero, por el hecho de que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho que contiene principios fundamentales para cualquier caso concreto: la normatividad de la Constitución ha sido admitida, aún si parece todavía difícil de considerar por generaciones de juristas formados con otro espíritu. Las nuevas generaciones conciben mucho más fácilmente que “la Constitución, es derecho”; las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares en cualquier situación particular.

La impregnación de esa constitucionalidad al ordenamiento jurídico en pleno ha tratado en un sinnúmero de ocasiones de superar los obstáculos que se le han presentado, ideología de la sociedad capitalista, y así se van usando con más frecuencia los presupuestos constitucionales en la solución de los problemas de cada rama del derecho. Es que nada mejor que se logre una “familiarización” de cada especialidad con la jurisprudencia constitucional, para que se logre una reacción de cualquiera frente a qué se debe traer a colación en determinados casos, pues

en últimas la “Constitución es norma de normas” (art. 4 C.P.)<sup>1</sup>.

Es así como se pretende que se realice una pequeña exploración: la modernización del derecho va de la mano con la sociedad capitalista o estará más vinculada a su constitucionalización o porque no todo está tan íntimamente ligado que sería arduo dar una respuesta tan precisa sobre esa temática. Hoy, el eje esencial es la Constitución, y el regulador, la Corte Constitucional, y el conjunto del orden jurídico se está reorganizando alrededor de estos dos polos y está mostrando grandes avances.

### **1. Qué se entiende por constitucionalización del derecho?**

A la luz del derecho comparado podemos indicar qué es y cómo surge el concepto constitucionalización:

Descrita por vez primera en la reunión constitutiva de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en febrero de 1980 en la Facultad de Derecho de Saint Maur, la constitucionalización de las distintas ramas del derecho -la cual estaba operándose y era llamada a desarrollarse rápidamente- ha suscitado un interés cortés por parte de la mayoría de los miembros de la Asociación y una contestación oficial por parte de algunos de ellos, pues para éstos esto, de no ser una fantasía,

<sup>1</sup> El artículo 4 de la C. P. otorga a la Constitución el carácter de norma de normas, con prevalencia absoluta sobre cualquier otra, es la ley fundamental del Estado colombiano, pero no de cualquier clase de Estado, sino del Estado Social de Derecho.

era utopía. Esta descripción se apoyaba sin embargo en dos estudios que estaban a punto de ser publicados<sup>2</sup>.

El presidente François Luchaire debía también tratar de este tema el año siguiente en el informe francés presentado en el Coloquio internacional de Aix-en-Provence de febrero de 1981, publicado por otra parte en la *Revue Internationale de Droit comparé* (2).

En forma más elemental la constitucionalización del derecho hace alusión al fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país.

Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acomodarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución; aunque debe seguirse un criterio de racionalidad, pues de lo contrario hablaríamos de inconstitucionalidad de cualquier norma.

En algún momento es necesario entender que dentro de cualquier ordenamiento jurídico la novedad será su constitucionalización sobre

cualquier tipo de disposición, sea de orden público o privado, inclinándonos más por las primeras.

## **2. Evolución histórica: ¿un cambio trascendental?**

Un aspecto significativo es el salto histórico-dogmático entre las dos Cartas Fundamentales, es decir, la gran diferencia palpable entre la Constitución de 1886 y la de 1991. Es por ello que determinar esa evolución ha sido trascendente considerando que cada vez la sociedad actual va sumergiéndose dentro de un capitalismo más salvaje.

### **Constitución de 1886**

La Constitución de 1886 expresó el pensamiento de Núñez y de los Regeneradores. Según ellos, la Constitución debía reflejar un equilibrio entre el poder del Estado y las libertades individuales. En otras palabras, debía imponer la libertad y el orden como principios para gobernar. Esto solo sería posible dentro de un Estado centralizado con un poder ejecutivo fuerte. La inclinación de ésta Constitución nunca fue crear un ordenamiento constitucionalizado en absoluto, simplemente se dictó para crear un

<sup>2</sup> FAVOREU, L. "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs*, 1980, N° 13; "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", *Mélanges Léo Hammon*, pp. 235-245 (estos dos estudios habían sido redactados en 1979). Uno notará que en el III Coloquio de la misma Asociación, en Montpellier, los 12 y 13 de febrero de 1982, dedicado a "L'enseignement du droit constitutionnel", he presentado una comunicación "en la cual retomaba ideas ya expresadas en dos estudios" que no fue publicada con las de Michel Miaille, Michel Troper y Léo Hammon (RDP 1984, N° 2, pp. 263311).

poco de orden en una sociedad golpeada por las duras épocas de violencia y que además no fue la mejor manera de limar asperezas debido a que inyectó un carácter de estricta y rígida rectitud.

### **Constitución de 1991**

Esta Constitución fue vista como un pacto de paz, pero quizás solo fue un elemento del armisticio con uno de los grupos de insurgencia, que sirvió eficientemente para echar a andar aquellas tendencias neoliberales armónicas con la nueva época del capital.

La Constitución de 1991 se nos ha presentado, no sin justas razones, como una Constitución progresista, antiformalista y vanguardista, tanto por los derechos fundamentales que consagró, por la figura del Estado Social de Derecho que los respalda y por el esquema de democracia participativa que propiciaba. Todos esos elementos le han servido, sobre todo al espíritu jurídico, aunque también al político, para defender la idea de una Constitución sustancialmente emancipadora -los más optimistas incluso la definen como contra-hegemónica- (GAVIRIA, 2002, p. 19-28), (UPRIMNY, 2002, p. 55-72); sin duda el producto más acabado de la conciencia jurídico-política latinoamericana, que nuestros

jurisconsultos, además, desprecian -a buena parte del resto de esa conciencia jurídica en América Latina- por considerar que Colombia es una potencia jurídico-teórica en el continente.

### **3. Jurisprudencia “constitucionalizada”**

Los problemas relacionados con la constitucionalización abarcan cuestiones vinculadas con la producción, la interpretación y la aplicación del derecho. En este sentido, la determinación de la manera en que debe operar la constitucionalización requiere ocuparse de aspectos que aluden (i) al contenido posible de las normas que pueden expedir los órganos autorizados para ello (contenido sustancial posible), (ii) a la forma en que tal expedición puede llevarse a cabo (procedimiento formal posible), (iii) al tipo de interpretaciones admisibles de las normas existentes (contenidos interpretativos posibles) y (iv) a la determinación de los resultados concretos según las interpretaciones adoptadas (efectos interpretativos posibles).

Estos aspectos conducen, a su vez, al planteamiento de complejos problemas relacionados con el alcance de las competencias atribuidas a las autoridades en la producción del derecho -en sentido amplio<sup>3</sup>-. Así, por ejemplo, se discute cuáles son los

<sup>3</sup> La producción a la que me refiero no se relaciona, exclusivamente, con la actividad legislativa. Ella abarca, al menos, los sistemas de producción legislativa, administrativa y judicial de derecho.

límites a los que debe ajustar su actuación la Corte Constitucional cuando examina la constitucionalidad de una ley expedida por el Congreso, y cuáles son los parámetros que deben orientar a los jueces constitucionales cuando se propone una vía de hecho judicial por cualquiera de los defectos admitidos por la jurisprudencia constitucional<sup>4</sup>.

#### **4. Injerencia en algunas ramas del derecho**

##### **Derecho administrativo**

El tratadista LIBARDO RODRÍGUEZ, al desarrollar el tema de las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI, ha señalado lo siguiente:

“Otro tema que plantea interrogantes frente al futuro del derecho administrativo, es el referente al fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho, que se ha venido extendiendo en las últimas décadas por diversos países, y de acuerdo con el cual todo régimen jurídico de un país, tanto en su conjunto como en relación con las diferentes ramas o especialidades que lo conforman, debe entenderse o interpretarse a la luz de la Constitución del respectivo Estado”.

La constitucionalización del derecho administrativo colombiano haría relación al fenómeno según el cual esta área especial del derecho debería entenderse y aplicarse exclusivamente conforme con la Constitución del 1991, y bueno sea advertirlo de una vez, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así las cosas, el fenómeno implicaría la pérdida del valor de la ley y de todos los actos jurídicos de reglamentación de los preceptos constitucionales, que actualmente contienen concretamente el derecho administrativo, pues todo el tema se reduciría a que los actos administrativos, contratos estatales, creación y supresión de entidades administrativas, etc., se ajustaran a los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, para así considerarlos válidos en el ordenamiento jurídico, sin que importe su situación frente al resto del ordenamiento legal.

Vale la pena recordar unas definiciones de derecho administrativo a fin de precisar la viabilidad de la constitucionalización de esta especial área del derecho. El autor LIBARDO RODRÍGUEZ en su obra *Derecho administrativo general y colombiano*<sup>5</sup>, define el derecho administrativo como el “conjunto de principios y reglas jurídicas que rigen la actividad

<sup>4</sup> En principio podría aludirse a cuatro defectos: defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Citado por: UPRIMNY, Rodrigo. *Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos*. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA-UNC.

administrativa de las entidades públicas y de las personas privadas que participan en esa actividad o que son afectadas por ella». Por su parte, el tratadista SANTOFIMIO GAMBOA<sup>6</sup> define el derecho administrativo “como el subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad”.

### **Derecho comercial**

La constitucionalización del derecho privado y, en particular, la constitucionalización del derecho mercantil, es un fenómeno que ha ido adquiriendo importancia teórica y práctica si se tiene en cuenta que su concreción (i) promueve nuevas formas de litigio, (ii) impone el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante por parte de los agentes económicos, (iii) reta a algunas convicciones importantes acerca de la imagen que se tiene de la estructura y funcionamiento del derecho privado y (iv) exige una reflexión profunda que debe transitar los niveles descriptivo, analítico y normativo de la dogmática del derecho privado y, al mismo tiempo, del derecho constitucional.

### **Derecho penal**

Si reconocemos en la constitucionalización del derecho un fenómeno reciente, la constitucionalización del derecho penal es aun bastante más actual.

El fundamento de la constitucionalización del derecho penal, no es otro, que la protección de bienes jurídicos relevantes para una sociedad, tales como la vida, honor, libertad en sus más diversas dimensiones jurídicas, y propiedad, entre otros.

El derecho penal en su acepción material es una “protección subsidiaria de bienes jurídicos”, predeterminados y que se estiman relevantes por la sociedad, tales como la vida, integridad corporal, honor, libertades, propiedad, etc., en consecuencia, si los demás mecanismos fallan en la prevención del delito, entonces el derecho penal cumple su labor mediante la imposición de una pena.

CARBONELL MATEU afirma: “...la función del Derecho Penal es proteger los valores de intereses de relevancia constitucional”. Para estos efectos, expresa BACIGALUPO: “el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de derechos fundamentales”. Considero que el derecho penal no es tan solo un

<sup>6</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de derecho administrativo. 3ª ed. Tomo I. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003.

instrumento de control social primario, sino que además, es un mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos, estimados relevantes por una sociedad moderna.

La constitucionalización del derecho penal supone una aparente contradicción, porque permite afectar garantías constitucionales, con la finalidad de proteger las mismas, esto implica que las restricciones al bien jurídico de la libertad mediante la sanción penal, se justifican axiológicamente en la protección de ese y otros bienes jurídicos esenciales para el ser humano. En esta doble dimensión positiva y negativa radica la esencia de la constitucionalización del derecho penal, por cuanto se legitima el *ius puniendi* en la medida que se utilice para la protección de garantías constitucionales.

Además, la constitucionalización del derecho penal tiene una dimensión de excepcionalidad, porque se usa como mecanismo de protección de bienes jurídicos o valores jurídicos constitucionales, que necesiten ese grado excepcional de “intervención estatal”, que solo es lícita en un Estado Social de Derecho.

### **5. Materialización en la realidad social**

En este punto es pertinente citar lo anotado por el doctor Víctor Manuel Moncayo Cruz<sup>7</sup>, ex Rector General de

la Universidad Nacional de Colombia (1997-2003): “Es la agudización de la contradicción entre el nombrado Estado Social de Derecho que en la letra se dice está consagrado, y las posibilidades concretas de hacerlo realidad”. De este supuesto se inicia diciendo que muchas veces las dulces letras escritas por los muchos legisladores han quedado en eso, en simples “letras muertas”, pero tampoco hay que trasgredir ese fenómeno de manera tal que lo único que se pretenda sea la materialización exacta de las hojas a la realidad.

El tema de la constitucionalización del derecho en el capitalismo parte inicialmente de que uno y otro término no parecen ir al unísono de la situación actual, es decir, para muchos el utilizar estos conceptos como no yuxtapuestos sería ir en contra del orden natural de las cosas.

En ese sentido, es agradable analizar a la luz de la actualidad como constitucionalización y capitalismo no se han chocado gravemente y, al contrario, han seguido sus caminos independientemente de las circunstancias, en lo que se refiere a poder ser capaces de vivir no como complemento uno del otro sino sencillamente como aspectos disímiles que nada tienen que ver.

Es cierto que este proceso o fenómeno de constitucionalización, como se le

<sup>7</sup> MONCAYO, Víctor Manuel. La crítica del discurso constitucional. Una urgencia política. En: Asamblea Constitucional. Dilema ¿jurídico o político? Bogotá : Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 1992. p. 55.

quiera llamar, ha reflejado grandes aspectos positivos en una sociedad como la nuestra, que solo busca garantizar un poco más lo que antes se declararía como independiente en cuanto a cada situación en particular, o sea, contextos privados o públicos en cuanto a derecho se refiere.

## 6. Conclusiones

- *La modernización del derecho* es una de las consecuencias de la constitucionalización, en la medida en que, en general, la transformación del derecho se traduce por una modernización de éste. Esta modernización es sinónimo de liberalización porque los cambios se analizan como avances dirigidos o implicados por la lógica de los derechos fundamentales.
- Hablar de un ordenamiento jurídico en pleno hace relación directa con un proceso de constitucionalización de ese derecho, pues las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento común de las distintas ramas del derecho. Por lo mismo, los principios generales del derecho que tenían tendencia a desarrollarse de manera algo autónoma en cada disciplina o materia han estado perdiendo paulatinamente su importancia en beneficio de normas constitucionales, aun si las motivaciones de las decisiones y fallos no siempre son correctamente formulados.
- La simplificación del orden jurídico es igualmente inducida o producida por la constitucionalización: el hecho de que la Constitución hubiese sido prevista no solo como marco general sino también que hubiera expresado un *sistema de predilección* orientado a la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, permite concluir que la exigencia de sujeción de la totalidad del ordenamiento jurídico a las normas fundamentales, adquiere un nivel de intensidad superior por cuanto se exige que todo derecho se desarrolle con mayor cuidado y detenimiento.

## Lista de Referencias

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conversaciones con el Dr. Enrique Bacigalupo Zapater. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N° 4-28 (ene., 2002). España.
- CARBONELL MATEU. Derecho Penal: conceptos y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. pp. 254.
- GAVIRIA, Carlos. Un enfoque positivo de la Constitución. En: Varios. El debate a la Constitución. Bogotá: ILSA-UNC, 2002.
- FAVOREU, L. “L’ apport du Conseil constitutionnel au droit public”, Pouvoirs, 1980, N° 13; “ L’ influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit”, Mélanges Léo Hammon.
- MONCAYO, Víctor Manuel. La crítica del discurso constitucional. Una urgencia política. En: Asamblea Constitucional. Dilema ¿jurídico o político? Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 1992.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 13 ed. Bogotá: Temis, 2002.
- \_\_\_\_\_. Vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. Conferencia expuesta en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en México los días 28 y 29 de noviembre de 2000.
- UPRIMNY, Rodrigo. Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos. En: Varios. El debate a la Constitución. Bogotá: ILSA-UNC, s.f.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

