REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - IVSTITIA ET LITTERAE

ISSN 0123-9066

AÑO IX - Nº 472 Bogotá, D. C., viernes 24 de noviembre de 2000 EDICION DE 16 PAGINAS

DIRECTORES: MANUEL ENRIQUEZ ROSERO, SECRETARIO GENERAL DEL SENADO; ANGELINO LIZCANO RIVERA, SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

CAMARA DE REPRESENTANTES

INFORMES DE COMISION AL EXTERIOR

INFORME DE COMISION AL EXTERIOR

Presentado por el honorable Representante a la Cámara, doctor Luis Carlos Saavedra Manrique, a la ciudad de Salamanca, España.

INFORME

De acuerdo a la comisión conferida mediante Resolución MD 1376 de 16 de diciembre de 1999, me permito presentar el informe respectivo:

Me inscribí y realice la especialización en Derecho de la Información, tema interesante y de gran ayuda para nuestra tarea legislativa y el permanente contacto que debemos tener con la comunidad.

La especialización tomó como referencia varios temas, entre otros:

• El honor como límite del derecho a la información.

• Faceta derecho intimidad.

• Disposiciones generales del Código Penal.

• Información ilegal obtenida acerca de las personas.

• Derecho a la propia imagen.

• Ley de protección de datos personales automatizados.

• Normas. Garantía de ley para el ciudadano.

• Proceso de democracia en América Latina.

• Relaciones de orden constitucional entre el Estado de Derecho y los Estados de Excepción.

• Legitimidad Democrática.

• Derecho constitucional latinoamericano.

• La cuestión histórica de los estudios de los ciclos de evolución en Latinoamérica.

• Estado constitucional - Constitución como norma (ley fundamental).

• Régimen presidencial.

• Sistema de protección de los derechos humanos.

• ¿Cómo se pasa de las disposiciones a las normas?

• Tribunales constitucionales.

Etica de la comunicación audiovisual, - reflexiones sobre la prensa

a) *criterios morales*

1. Si el periodismo es obtener, mediante pago millonario a quien dio la chiva, unas fotografías de una conocida personalidad de este país en compañía de una modelo desconocida, en un chalet particular invadiendo la intimidad...

2. Si periodismo es publicar esas fotos como gran exclusiva y mostrar a continuación un sospechoso reportaje sobre la propia modelo...

3. Si periodismo es difundir sin su consentimiento unas fotografías de una cría de dieciséis años, hija de un alto funcionario del Gobierno, en actitud comprometedora con un chico de similar edad...

4. Si periodismo es llevar a un programa de televisión a un individuo que, sin ninguna prueba, asegura que una persona sobre la que hace poco estuvieron concentradas las miradas de todos los españoles se casó embarazada...

5. Si periodismo es dar a la publicidad confidencias o bromas de una alta personalidad hechas a un grupo de personas en el bien entendido de que no eran para ser difundidas...

6. Si periodismo es preocuparse más de obtener una buena foto de un niño agonizante en una guerra cruel en lugar de prestarle auxilio...

7. Si periodismo es difundir, a sabiendas, falsos datos estadísticos incluso aunque se busque un fin noble...

Las anteriores afirmaciones son del escritor y periodista Luis Ayllón, publicadas en ABC, el 4 de noviembre de 1997, pero las he enumerado con otro orden.

– El juicio final de los periodistas.

Este es un texto publicado por Carlos Soria, catedrático de ética y Derecho de la información en su libro El laberinto informativo: una salida ética, Eunsa, Pamplona, 1997, p 36. Las proposiciones han sido enumeradas de manera diversa.

1. Poner trampas para que el entrevistado caiga en ellas.

2. Utilizar documentos robados.

3. Ocultar la identidad del periodista.

4. Inventarse historias.

5. Plagiar el trabajo de otros.

6. Actuar con malevolencia, mala fe o falta de respeto hacia las personas.

7. Hacer de los intereses propios el norte de la información.

8. Utilizar en beneficio personal o familiar informaciones privilegiadas.

9. Vivir informativa de los escándalos.

10. Acusar sin pruebas.

11. Aceptar regalos que ablandan o convierten a los informadores en profesionales mudos o bufones.

12. Practicar la mala educación como sistema de trabajo.

13. Invadir la vida privada o destrozar la intimidad de las personas.

14. Explotar o chantajear a las fuentes.

15. Dejarse explotar o chantajear por las fuentes.

16. Ser insensible al dolor o al casi dejan tras de sí.

17. Hacer de la prisa y la superficialidad sus valores profesionales.

18. Preferir la información-entretenimiento al trabajo bien hecho.

19. Destrozar el lenguaje.

20. Practicar impunemente la autocensura.

21. Trabajar con meros procesadores de datos.

22. Luchar poco por mejorar la idoneidad y competencia personal.

23. Practicar el estilo de los sofistas.

24. Escribir pensando en los periodistas y no en los lectores.

25. Mentir, es decir, hablar o escribir lo contrario de lo que saben o de lo que piensan.

26. Olvidar cómo se llora,

El guión de nuestro particular juicio final podría ensancharse muchísimo más, pero no es necesario. Es fácil coleccionar historias truculentas sobre los errores periodísticos, pero, como ha escrito Meyer: "resulta mucho más difícil tratar de encontrar una solución racional para los problemas de la profesión". Alienta saber que nuestros pecados tienen, al menos, el candor de que son, casi siempre, públicos y notorios. La hipótesis de trabajo es también alentadora: el desafío de mejorar substancialmente la calidad informativa, está en relación directa con la mejora de la ética profesional. Toda información de calidad será siempre ética. Y al revés: ninguna información que carezca de ética, puede decirse que tiene calidad.

b) *Poder mediático*

• La mediocracia

Manuel Castells (Miembro de la Academia Europea de Sociología), El País, 24 de enero de 1995.

En las sociedades democráticas desarrolladas los medios de comunicación no son el cuarto poder, sino el espacio en el que se genera, se mantiene y se pierde el poder. Y esto no es antidemocrático, sino un elemento fundamental de la democracia en un sistema social basado en la información. La importancia decisiva de los medios proviene de que es esencialmente a través de ellos como se forma la opinión pública y se concretan las opciones políticas sobre personas y partidos, a partir de intereses sociales, identidades y tradiciones históricas.

La política no es sólo imagen e información, pero se decide a través de imagen e información. El que los medios de comunicación sean el vínculo de relación entre sociedad y Estado refuerza la democracia porque en una situación de apertura y pluralidad de medios, y a pesar de su control por grupos económicos e intereses organizados, los cauces de expresión y comunicación desbordan los límites de las organizaciones políticas y permiten al ciudadano seleccionar información y construir su propio criterio. Además, la importancia creciente de los medios de comunicación, que articulan al periodismo de investigación con la flexibilidad de la radio y la capacidad difusora de la televisión, explica en buena parte la deslegitimación de los Gobiernos democráticos en casi todo el mundo, de Francia e Italia a Japón y Estados Unidos, pasando por España. La constante revelación de escándalos de todo tipo, financieros, sexuales, policíacos, de corrupción política, está desestabilizando a gobiernos, partidos y líderes con un ritmo acelerado. ¿Acaso los individuos, los Gobiernos o las empresas son más corruptos ahora que en otras épocas? En realidad, el conocimiento de la historia y la observación de la naturaleza humana conducen a la hipótesis contraria. No es que haya más corrupción, sino que hay más información sobre la corrupción y mayor posibilidad de crear escándalos.

• La incidencia del poder.

José Antonio Marina (ensayista y filósofo), ABC Cultural, 27 de febrero de 1998.

Hoy voy a hablarles del poder. Todos estamos sometidos a dependencias, mangoneos, coacciones e influencias porque la sociedad es un tejido de poderes, unos claros y otros oscuros, unos decentes y otros indecentes, entre los cuales intentamos con más o menos fortuna hacer un sitio a nuestra autonomía. La modernidad confió en el poder legítimo y acabó glorificando al Estado. La posmodernidad desconfió de todo poder. ¿Tiene la ultramodernidad algo nuevo qué decir?...

¿Quién manda en el mundo? Según una encuesta reciente de Le Monde, el 6.4 por ciento de las personas preguntadas estimaban que el mayor poder lo detentan los mercados financieros, que aventajaban a los políticos (52 por 100) y a los medios de comunicación (50 por 100). Suponiendo que esto fuera verdad, la situación ofrecería un aspecto bueno y otro malo. El bueno: que no hay poderes absolutos. El malo: que los poderes no representativos -economía y medios- están en mayoría.

– Los medios de comunicación y la cultura de la violencia.

Vicent Fisas (titular de la cátedra Unesco sobre Paz y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Barcelona), El País, 2 de abril de 1998.

Aunque las formas de transmisión de los valores que configuran la cultura de la violencia son múltiples, empezando por el mismo núcleo familiar, ninguna ha alcanzado el nivel de influencia como el que en las últimas décadas ha proporcionado la televisión. En la perpetuación de la mística de la masculinidad vinculada a la violencia, la televisión ha popularizado y comercializado la violencia gratuita (que es presentada además como divertida), lo ruin, el enriquecimiento a costa de los demás, la fuerza física y el desprecio hacia otros seres, hasta el punto de convertir estas actitudes en valores normalizados, aparentemente irremediables, y a imitar invitando a los televidentes a comportarse con la vileza que muestran continuamente las pantallas, con lo que difuminan las fronteras entre el bien y el mal y considerando respuestas normales o aceptables lo que en realidad no son más que conductas sociopáticas (Rojas Marcos, L., Las semillas de la violencia, Espasa - Calpe, Madrid, 1995).

El consumo de violencia mediática, evidentemente no convierte en asesinos a quienes visionan horas y horas escenas de crueldad, pero influye poderosamente en personas que por diversas circunstancias están en grupos de riesgo, y en especial si son jóvenes. En cualquier caso, no deja de ser preocupante, además de estúpido, que un niño o una niña puedan llegar a ver unas veinte mil muertes violentas en televisión a lo largo de una década, cuando su entorno natural y real apenas le mostrará dos o tres experiencias de este tipo. Esta abrumadora presencia de muerte por violencia dificultará su percepción de la realidad, el valor de la vida y lo que significa el sufrimiento, aspecto éste normalmente no mostrado por la violencia televisiva.

c) *Deformación de la persona.*

• La persona en los medios de comunicación.

Leonardo Rodríguez Duplá (profesor de ética de la Universidad Pontificia de Salamanca), acontecimiento. Revista de pensamiento personalista y comunitario.

En la imagen del hombre que ofrecen los medios de comunicación se manifiesta una ambigüedad propia de la actividad periodística. Esta no puede evitar ser descriptiva y normativa a un tiempo.

Describir la realidad es, sin duda, una misión primordial de los medios de comunicación que han de informar de cuántos sucesos relevantes se produzcan en la vida pública. En el desempeño de esta

misión, el periodista ha de perseguir la mayor objetividad posible. Su ideal -no por inalcanzable inútil- ha de ser la perfecta transparencia: presentar los hechos tal como realmente han sucedido. Aplicado a la imagen del hombre, este principio se traduce en la exigencia de que el periodismo refleje de manera aséptica el fenómeno humano en sus diversas manifestaciones. En el caso ideal, los medios de comunicación serían el espejo en el que el ser humano de hoy pudiera reconocerse.

Pero sería gran ingenuidad pensar que esta función descriptiva es la única que desempeñan estos medios. Las mismas condiciones en que se desarrolla la labor periodística -estoy pensando sobre todo en la premura de tiempo y en la forzosa condensación de los mensajes- obligan a una selección continua de los contenidos. La atención pública es atraída hacia algunos aspectos de lo sucedido, mientras otros se pasan en silencio.

Este es un breve resumen de algunas publicaciones realizadas por distintas personalidades, sobre los temas evacuados en los estudios.

Anexo: Material sobre Derecho a la Información. Salamanca.

Enero 17 de 2000.

* * *

Santa Fe de Bogotá, D. C., julio 5 de 2000.

Doctor

ANGELINO LIZCANO RIVERA

Subsecretario General

Honorable Cámara de Representantes

E. S. D.

Respetado doctor:

De la manera más atenta y cumpliendo con lo establecido por la Corporación, me permito rendir informe a propósito de la Comisión que me fuera conferida por la Mesa Directiva de la Corporación según Resolución MD 1376 de diciembre de 1999 para asistir a la ciudad de Salamanca - España, con el objeto de participar en el VII postgrado en Derecho, sobre temas afines a la tarea legislativa, a realizarse en la Universidad de Salamanca, por un término de doce (12) días contados a partir del 9 de enero de 2000.

Agradezco su atención.

Luis Carlos Saavedra Manrique,

C.C. 93119898 del Espinal.

DERECHO A LA INFORMACION

Salamanca, enero 17 de 2000.

El honor como límite del Derecho a la Información

El artículo 20 de la C.P.E reconoce el derecho a la libre expresión e información, allí se reconocen igualmente las dos primas de las libertades informativas y de la libertad de información referida a la difusión de hechos que tienen interés público.

La libertad de información debe estar basada en hechos verdaderos o no que constituyen noticia.

Ambas libertades son derechos individuales y principios materiales de la sociedad democrática, caso contrario no se podría crear una sociedad con opinión pública libre, no tanto para quien las utiliza sino para quien las recepcione, particularmente ello es utilizado por quienes detentan el poder de los medios de comunicación.

En lo político, cuando se trata de una actividad parlamentaria con trascendencia pública en los medios de comunicación, el problema que se presenta no tanto en quien las ejerce sino en quien las recepciona, por ello se les considera principio de la sociedad democrática, constituyen el derecho a ser informado, lo cual es un derecho de todos los ciudadanos, desde el punto de vista colectivo tienen una especificidad propia.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado ideas centrales en lo referente a la libertad de información y expresión. Para Crisafulli -teórico de las formas informativas- no se trata sólo de derechos individuales sino del derecho a acceder y recibir información. La C.P.E expresa confusamente esta idea, el mismo artículo 20 habla de todos los derechos, pero extrañamente el aspecto más, el derecho a ser informado, es ejercido en forma pasiva, sobre todo cuando el ciudadano requiere acceso a las fuentes de información[1]. El derecho de acceso activo de información no está en el catálogo de Derechos Fundamentales.

El TCE reconoce dos tipos de recursos:

1. Recursos de grupos parlamentarios, de inconstitucionalidad, cuando se da una ley contraria a la Constitución se acude a los jueces y magistrados. Es vía más restringida.

2. Recurso de Amparo, es la vía más ordinaria de acceso al Tribunal Constitucional utilizado por los ciudadanos, cuando considera que los Poderes Públicos al aplicar el derecho han violado arbitrariamente un Derecho Constitucional, la LOTC es muy amplia en este sentido y se utiliza como tercera instancia.

Según el artículo 20 de la C.P.E son derechos ejercitables igual que el derecho al honor contemplado en el artículo 18 de la C.P.E. El derecho de acceso está substraído, perdido en el artículo 105 de la C.P.E.

Otra distinción es la diferencia entre libertad de expresión pública y libertad de expresión privada. La pública se contempla en el artículo 20 de la C.P.E., habla de la libre expresión pública de opiniones e ideas. La privada no es manifestación de libertad de expresión genérica ni de la información, sino que está conectada al derecho de intimidad; libertad de expresión privada es el confiar teléfono, comunicaciones por carta, fax, Internet la cual requiere de técnicas instrumentales de tutela jurídica: es la inviolabilidad de las comunicaciones.

El artículo 18 nos habla del derecho al honor e intimidad, el artículo 18 3 habla de la inviolabilidad de las comunicaciones. Frente a la pública se presenta la existencia de la privada vinculada a la esfera intima y, a veces los derechos al honor y a la intimidad.

El derecho al honor en España se tutela a través de dos mecanismos:

1. En lo penal, y

2. en lo civil.

El honor se ha tutelado a través del castigo a los delitos de injuria y calumnia, en vía civil ha sido posible pero poco activada hasta la entrada en vigor de la Ley lª de 1982. No había tutela expresa sino implícita en el artículo 1902 del Código Civil, se trataba de la responsabilidad o culpa aquiliana -extracontractual por daños- allí cabían los daños morales, entre ellos al honor como daño espiritual[2]. No muy utilizada, y cuando se intentaba hacerlo lo Tribunales de Justicia eran muy refractarios, no hubo un desarrollo jurisprudencial del derecho al honor en el ámbito civil, el artículo 1902 del Código Civil era una cláusula genérica que depende de un desarrollo legislativo muy grande, imbuidos por la lógica patrimonial de la defensa del dinero. El cinco de mayo de 1982 se dictó la Ley Orgánica de desarrollo constitucional de la tutela civil de los bienes de la personalidad, el honor, la intimidad y la propia imagen.

FACETA DERECHO INTIMIDAD

Sólo hasta 1986 la vía al derecho al honor se activa, antes de 1982 habían delitos contra el honor, operativamente diseñada más para la tutela al honor pero escasamente eficaz para tutelar la intimidad. El Código Penal de 1995 se ajusta a la Constitución de 1978, replantea los delitos de injuria y calumnia, la tutela al honor es límite al derecho a la información. Se han configurado dos figuras jurídicas diferentes, no se tipifica la difamación, en España se da la injuria grave con publicidad. Antes, la calumnia era una falsa imputación de delito

---

[1] No se reconoce en el artículo 20, de la C.P.E. sino en el artículo 105 B, su ubicación en este artículo lo saca del catálogo de Derechos Fundamentales y más bien lo ubica en el ámbito de funcionamiento de la administración. Este cambio de ubicación supone efectos jurídicos pues no es objeto de recurso de amparo por violación de derechos.

[2] Se trata de una lesión inmaterial.

perseguible de oficio. Hoy, la falsa imputación de un delito, es independiente de cómo sea perseguido. A este respecto no se han suscitado grandes problemas interpretativos, para que se presente el delito de calumnia se debe presentar la situación que de ese contexto se impute un delito

FERNAN MORALES. SALAMANCA, ENERO 19 DE 2000.

La injuria como delito no da mucho juego aplicativo, es el delito más indeterminado -en cuanto a su contenido- que la misma calumnia.

La injuria es de contenido indeterminado, el legislador penal no se ha atrevido a sacarla del Código Penal a favor de la ley civil, no sólo describe imputaciones de hechos, tampoco se pueden cometer mediante la expresión de juicios subjetivos. Los juicios de valor, opiniones, no se pueden probar, dependen de la discrecionalidad del juez. El legislador determina conductas y el juez penal determina si son subsumibles o no.

Ante todo ello, la injuria se debe despenalizar y ser afrontada por la ley civil. La ley no declara preferente la vía penal –el artículo 82 del Código Penal español da la opción de la vía penal o civil– la vía civil es más rápida. Hay que tener en cuenta que el contenido de la injuria es difuso.

Una cinta de video tiene valor probatorio pleno acompañada de una acta notarial, donde se dé fe, se trata de un juicio de valor.

La despenalización debe ser parcial, con imputaciones de hecho que admitan la excepción de verdad. El derecho penal trata de proteger un honor que sea real y efectivo, no se puede probar la verdad pues afectaría el derecho a la intimidad de las personas. Un juez penal -ante un caso de homosexualismo por ejemplo- no puede atender a la presentación de tres testimonios, y no podría practicar esas pruebas pues se violaría el derecho a la intimidad. El proceso penal se destina a proteger una presunción de honor, regular la injuria en materia penal es muy difícil.

Fama →	**Propia → Estimación**	**Elementos Injuria**
La fama es la estimación de los demás	¿Cómo lo estima un tercero? Se trata del atender el Legislador Penal al Pluralismo, o derecho a la diferencia.	

Sólo pueden ser constitutivas de delito las injurias graves -en el concepto público-. Las leves sólo son faltas.

Injuria es la imputación de hechos, no es delito cuando los hechos se hayan llevado a cabo con conocimiento de la falsedad de los hechos imputados.

Según el artículo 209 del Código Penal español, las injurias graves se castigarán con penas de multas de 6 a 1 4 meses cuando no ha mediado publicidad, con publicidad la pena será mayor. El artículo 210 del citado Código nos habla -de la excepción de verdad, la prueba de la verdad no es operativa. Se adelanta contra funcionario público, en ejercicio de sus funciones, o por comisión de faltas penales o infracciones administrativas.

Caso del mal llamado turismo parlamentario. Se hace la imputación de algo incorrecto en el ejercicio del cargo, no se debe olvidar que hay intereses político en juego.

DISPOSICIONES GENERALES DEL CODIGO PENAL

En el artículo 211 se tipifica para quien haga la divulgación o propagación a través de imprenta o utilice cualquier otro medio de comunicación eficaz. El Código Penal anterior penalizaba sólo a quien utilizara el medio de comunicación sólo escrito.

El artículo 215 exige que en caso de retractación ésta se publique en el mismo medio de comunicación. El perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal. Según sentencia del TCE, la libertad de información tiene límites, entre esos límites. El honor es un límite externo.

La libertad de información es derecho de acceso a la información.

INFORMACION ILEGAL OBTENIDA ACERCA DE LAS PERSONAS

Antes traían causa de la comisión de delitos, los grupos económicos, políticos, acudían así a comprar información ilegal, ello debido a las luchas entre grupos políticos, económicos. De presión informativa. Así entran en juego la amenaza de unos contra otros.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Es una faceta del honor o intimidad, no es derecho propio, la propia imagen está protegida. El ámbito de tutela más cómodo y eficaz es la ley de protección civil del 82, se tiene que hacer de forma inconsentida.

Ante una situación de las allí contempladas, un ciudadano público. Si le toman fotos de forma inconsentida. Tiene la posibilidad de iniciar un juicio pues éste nunca ha promocionado su imagen.

En función de las circunstancias se amplifica el derecho a la propia imagen (en lo civil) se trata de un acceso ilícito, a la intimidad; cuando se trata de imágenes donde normalmente no se ven las cosas, según el TSE si se exhiben no se da la posibilidad de exigir.

Cuando se instalan cámaras filmadoras ocultas se hace la filmación clandestina, se da la protección penal cuando hay un *pluss* de peligrosidad que el sujeto no lo haya observado, la persona actúa así con la plena confianza que sus actos son íntimos. Que es dueño de su contexto; esta situación, se agrava si previamente ha habido allanamiento de morada -allí interviene el Derecho Penal- todo el mundo, sea privado o público, tiene derecho a la imagen.

Una actriz no puede reclamar que se le haya hecho una publicación en *Topples*, si semana antes ha sido publicada desnuda. Se ampara a personas que jamás han comercializado con su propia imagen (no se debe olvidar que se tipifican delitos de filmación clandestina de imágenes).[3]

LEY DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES AUTOMATIZADOS

Se regula por Ley Orgánica de 1992. Es uno de los limites más importantes a la libertad de información; para algunos se trata de un derecho-nuevo, la Libertad Informática es un nuevo derecho con rango constitucional el cual arranca del artículo 18-4 de la C.P.E.

Consiste este nuevo derecho -*privacy* de los norteamericanos- en un derecho al control sobre los datos personales de cada cual que circulan en las bases informáticas, se trata de un derecho a la autodeterminación, a modular nuestra identidad informática. No se puede pensar en una tutela estrictamente rígida en estos ámbitos, la ley lo que nos ofrece es un equilibrio entre informática y privacy, especie de fórmulas de equilibrio, no se trata de prohibir las bases de datos, sino de lo que se trata es de buscar fórmulas de equilibrio con las libertades de los ciudadanos, es informatización con garantías jurídicas, se trata de uno de los limites más importantes a la libertad de información. Para ello se requiere de medidas institucionales, en cabeza de unos órganos, en España existe la Agencia Estatal de Protección de Datos -APD- una especie de defensor del pueblo de los ciudadanos.

DELITO REVELACION SECRETO SUMARIAL

• La APD tiene función de una agencia.

• Los ciudadanos se pueden dirigir a ella para recabar tutela por cesión ilegal o alteración de datos.

• Informa el derecho de acceso.

• Informa cuáles son mis acciones judiciales.

• Puede actuar de oficio inspeccionando si se cumplen las garantías de la ley.

Se presentó el caso de una sanción a telefónica por vender datos de los abonados. Las sanciones se pueden recurrir vía contenciosa administrativa. Otra de sus funciones es de ocuparse del funciona-

[3] En Francia existe el delito de montaje de imágenes. El TCE dice que no hay un derecho constitucional al insulto.

miento del registro de ficheros automatizados, donde se inscriben las bases de datos personales. Debe hacerse la respectiva inscripción registral.

Se puede presentar la situación de un circuito público en manos de la Administración. No es el llevado por la APD, es otra agencia cualquiera, o cualquier otro organismo que quiera crear una base de datos personales, su cobertura en España se tiene que dar por Real Decreto donde se especifique el garante, el tipo de datos, el régimen jurídico.

NORMAS. GARANTIAS DE LEY PARA EL CIUDADANO

En principio son comunes el acceso a los datos, se presenta en especie de derecho de cancelación, o derecho de rectificación, se trata del *habeas data* reconocido en la ley española la cual parte del principio del consentimiento. Se trata de datos que afecten el núcleo duro de la *privacy:* creencias, pensamiento ideológico, antecedentes penales, judiciales, los relativos al origen racial, también sobre costumbres sexuales.

La ley es laxa y poco exigente en el sector público, se admite el cruce de datos o información entre entidades siempre y cuando medie el interés público. El primer intento se dio en Francia por Noramin, el segundo se dio en Alemania por los parlamentarios de la social-democracia, pero el Tribunal Federal lo paró. En España se pudo ser más exigente con dicha ley, sin embargo se obliga a través de ella a la Guardia Civil a dar información, dándose un control sobre ella.

Dentro del régimen de sanciones se contemplan las de tipo pecuniaria y las administrativas las cuales son recurribles. Faltan las sanciones ante la creación de datos clandestinos, o ante la recolección ilícita de datos, y ante la modificación de datos. Este régimen de tutela de datos se traduce en lo penal.

El artículo 179-2 tipifica los delitos de abuso informático, con penas de 1 a 4 años, si se revelan o trasmiten a terceros la pena se aumenta de 3 a 5 años, si lo hace el garante de los datos la pena es de 3 a 5 años, si se trata de datos protegidos por la ley -vida sexual por ejemplo o al núcleo duro de la intimidad o el honor- las penas se incrementan en su mitad superior, para ello se requiere denuncia del agraviado o garante de la empresa. Se contempla el perdón del ofendido.

Definición de la política:

Para David Easton y Lasswell, la política es el escenario donde básicamente una autoridad tiene capacidad de sustraer recursos y recolocarlos, la política tiene que ver primero con una autoridad y con títulos, el principal el título de la legitimidad. Alguien tiene el poder, el poder es la capacidad de extraer y recolectar recursos, donde si el Estado es poder político él va a extraer esos recursos y recolocarlos de otra manera. Easton trae una modificación la cual es la capacidad de colocar y recolocar valores, el poder de lo político es convertir una persona. En terminología anglosajona se puede entender la política en tres sentidos, los cuales se traducen como política, el primero es *policy*, la cual es la política, se utiliza para cuando nos referimos a hechura de la política y a la acción del Gobierno, referido a la política de defensa, a la política educativa, etc. La *polities*, que es la politiquería, la política vulgar; otro sentido es la *polity*, o sea, la gran política, se puede traducir como *politeia*, Easton lo definió como sistema político. Hoy se entiende como la *political science.*

Sistema político:

No se puede entender dentro de la perspectiva del funcionalismo sistémico, pues la teoría del sistema da fuerza de ordenación del conocimiento, aunque no nos sirve para explicar la realidad social sino para explicar la vida; lo sistémico como relativo al sistema refiere la necesaria interconexión de elementos, no el necesario cumplimiento de funciones, la política está compuesta de elementos que interactúan sistemáticamente, no se puede entender un Poder Público sin ley electoral, no se puede entender un Poder Ejecutivo sin Poder Legislativo, esto es lo sistémico desde la perspectiva de la interacción.

Institución:

Para un marxista es una superestructura, la institución es todo aquello que coarta la interacción humana, que pone freno para evitar la incertidumbre.

En un sistema político se mueven cuatro elementos los cuales metodológicamente son distintos, los dos primeros son de carácter institucional y son las instituciones de tipo netamente político, se refieren al Poder Público; aquí se nos presentan dos grandes subinstituciones, la primera son las instituciones que definen el derecho de propiedad, si hay algo público es aquello que rodea al individuo y es objeto de propiedad, las relaciones de propiedad son consustanciales al sistema político. La segunda es más instrumental, se refiere al conjunto de reglas que regulan las relaciones con respecto al poder, coartan la interacción con relación al poder, si se decide a nombre de todos es porque previamente se ha dado un mandato (líder carismático o elegido). Estas instituciones pueden ser expresamente formalizadas o no (caso del caudillismo, el caciquismo, el clientelismo) son fuerzas institucionalizadas donde el régimen político está en la legislación, la Constitución, las leyes, la jurisprudencia, hay que resaltar que el régimen político es una parte del sistema político.

Todo sistema tiene sentido en una sociedad (grupo, habitantes) son Instituciones Sociales que se caracterizan por el carácter activo de los actores sociales, estos actores pueden ser en primer lugar, actores formalizados tales como un partido político, una asociación, los cuales tienen una interacción formalizada y tienen un determinado liderazgo; en un segundo lugar, actores no formalizados, con papel en el sistema político tal es el caso de un movimiento social, de la guerrilla; aquí se destaca que la sociedad es parte del sistema político en la medida en que actúe.

A un sistema político se le debe introducir la idea del tiempo, no hay sistema político sin una dimensión temporal, ni sin historia, se trata de tener en cuenta las realidades históricas como la memoria colectiva, la cual es gran legado de la historia, ésta es la cultura política aprendida en el proceso de socialización, las claves de identidad interiorizan las experiencias colectivas producto del tiempo, dentro de una elevada cultura política hay actores más dispuestos a actuar.

Al sistema también se debe incorporar la dimensión espacial, pues ésta hace que el sistema haga vecinos con otros sistemas políticos, los cuales se influencian por otro sistema, así por ejemplo tenemos, a Latinoamérica y el FMI, a España y la UE, este sistema produce políticas públicas porque los líderes y la sociedad así lo desean.

Teoría de la democracia

En principio se puede definir operativamente la Democracia, la ciencia política contemporánea nos presenta algunas visiones:

a) Una visión mínima procedimental -a lo Bobbio- con cuatro elementos fundamentales:

1. La participación en la vida política del mayor número de personas. La democracia es régimen incluyente no excluyente, lo cual implica que existen canales para que la mayor parte de la sociedad intervenga.

2. A la hora de tomar las decisiones políticas impera la regla de la mayoría, ello para que el régimen tome una dirección.

3. Existen derechos de comunicación, de expresión de ideas y derecho de recibir información.

4. Hay una esfera privada protegida, no vulnerada donde en ella se conduce la vida en libertad.

b) Democracia como poliarquía, con pluralidad de centros de poder. Según Robert Dahl hay que tener en cuenta los siguientes rasgos para hablar de Democracia:

1. Inserción en la vida política de todos ciudadanos afectados.

2. Oportunidades distributivas iguales y eficaces de participar en los procesos de toma de decisiones, donde todos los habitantes de la comunidad política tienen los mismos recursos.

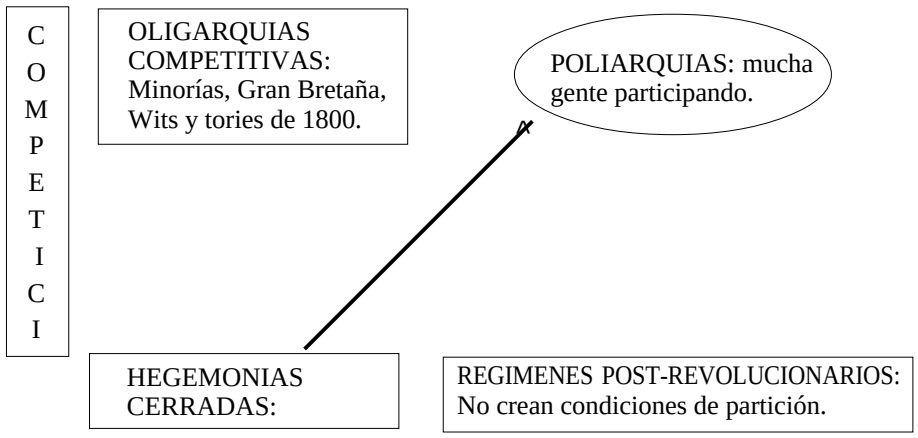
3. Voto igual, lo cual es igual derecho de voto.

4. Todos tienen el mismo derecho y capacidad para definir los temas que se discuten en la vida política.

5. Todos los integrantes tienen la capacidad de formarse una opinión particular de las materias sobre las cuales hay que tomar decisiones.

Hay dos líneas fundamentales donde se pueden situar los regímenes políticos según se tengan valores altos o bajos.

I. PAISES DE SATRAPIAS O GRUPOS DE PODER EXCLUYENTES



2. LOS PAISES DE POLIARQUIA ESTABLES

• Las autoridades políticas son elegidas.

• Son elecciones libres y simples.

• Son de sufragio incluyente.

•Todos los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos, de presentarse y concurrir a las elecciones.

•Existe libertad de expresión.

•Se puede buscar información alternativa a la difundida por el Gobierno.

•Existe autonomía asociativa.

Para Karl Schmitter la democracia es un sistema de gobernación donde los gobernantes son responsables de sus acciones en la gerencia pública y ante sus ciudadanos, es un sistema donde los ciudadanos actúan indirectamente a través de la cooperación y la competición de sus representantes electos.

El sistema de gobernación marca las diferencias respecto al sistema de Gobierno, el Gobierno remite a las instituciones públicas de un país, la gobernación remite a instituciones no necesariamente políticas; así, en un país neoliberal, de gran regulación, las instituciones son iguales, pero también como están representados los intereses, como actúan los actores y los grupos de interés. Se definen los caracteres y patrones generales del sistema. Implica una regulación de los métodos de acceso a los cargos públicos señalando los actores admitidos y excluidos del proceso; las estrategias de los actores usadas se hacen señalando las reglas formales y no formales donde los comportamientos políticos no sólo son definidos por las reglas formales. Las reglas institucionalizadas son aceptadas y practicadas por todos -o casi todos-

En toda democracia hay:

Ciudadanos: Como personas con derecho a participar en la toma de decisiones que los afectan, con el derecho y la disposición para actuar en la decisión de la política.

Competición. Entre sectores a la búsqueda del poder, se busca recabar el apoyo ciudadano, lo cual es característico de las democracias modernas donde la competición es central, allí encajan los Partidos Políticos.

Cooperación. Hay disposición de los ciudadanos a cooperar y aceptar las decisiones adoptadas y previamente regladas, sino se cae en la ingobernabilidad.

Regla de la mayoría. Existe debate, pero es la mayoría la que triunfa.

Representantes. Los ciudadanos se ven representados, para Hamilton y Madison en el "Federalista", es la República contra la democracia tradicional que no tenía representación.

La comunidad política debe ser autodeterminante en toda Democracia, el primer principio debe ser el acuerdo y el consentimiento, este ultimo debe ser un contingente de los políticos y los actores políticos, ese consentimiento es sobre procedimientos no sobre metas sustantivas o finalidades, lo importante es el acuerdo sobre los procedimientos. El segundo principio es la incertidumbre limitada.

Sistemas electorales y democracia

El sistema electoral es concepto restringido, es un conjunto de mecanismos que permiten transformar la voluntad electoral para convertirla en una determinada distribución del poder, sus tres funciones clásicas son producir legitimidad, producir Gobierno (en sistema parlamentario es lo fundamental) producir representación (en sistema Presidencial es fundamental).

A efectos de *Legitimidad* la elección es esencial y casi suficiente para poder hablar de Democracia, un sistema es legitimo porque sus líderes políticos no se alejan mucho de sus electores; a través de las elecciones se participa, en algunos países es la única fórmula de participación e integración lo cual aumenta la legitimidad del sistema político. La función esencial del sistema electoral es integrar parlamentos para formar gobiernos estables.

El Parlamento es el órgano de representación por excelencia del sistema democrático, en el Reino Unido del siglo XIX el Parlamento era un lugar donde se reunían los parlamentarios elegidos por sufragio censitario, representaban a la mayoría dominante, con la aparición de los Partidos de masas este esquema dejó de funcionar, se busca la representación de la pluralidad hoy en día.

¿Gobernabilidad?

Dentro del sistema político podemos ubicar al Estado dentro del régimen político del mismo, todavía existe una teoría del Estado lo cual conlleva a excesos de formalismo, pero el Estado se subsume aun dentro de la ciencia política, el Estado es el elemento politológico más importante del siglo XX. Desde que el ciudadano se levanta encuentra la presencia del Estado en su vida, al prender la luz identifica si ésta es por concesión o es prestada directamente por el Estado, ello es una realidad presente incluso en los ámbitos más neoliberales; el Estado Moderno ha hecho realidad la máxima de Weber del monopolio de la violencia legitima. Ello es una realidad incuestionable por ejemplo en EUA, allí se presenta un gran aparato coercitivo consecuencia de la fuerte presencia del Estado.

El otro elemento de reconocimiento del Estado es la relación Gasto Público-PIB, donde el PIB es magnitud qué mide la riqueza, para objeto de nuestro estudio interesa saber que parte del PIB controla el Estado: el gasto público, la respuesta es aproximada a un 50%; o sea, de cada unidad monetaria que se produce en el país en un año, la mitad la controla el Estado -a principios del siglo XX era de sólo un 10%- esta escalada es una de las consecuencias en Europa de la post guerra; si la política es recolocación de recursos según Easton, se multiplica la capacidad del Estado. En esta línea, la crisis de los 80 produce en la literatura y el discurso político un aluvión de reflexiones en torno al Estado.

El Estado es una parte del régimen político que está institucionalizado y fuertemente formalizado (a veces puede funcionar de manera no formalizada como el estado clientelista); el Estado es institución no sólo partidos políticos, los partidos políticos no forman parte del Estado como sí lo son los poderes, la administración publica, y los poderes descentralizados.

Después de ubicar el Estado es interesante ubicar el Gobierno. ¿dónde está el mismo? Carlos Marx decía que el Gobierno era el Consejo de Administración de la Burguesía que se asentaba en el Estado, en esa empresa y lo manejaba; así, el Gobierno era realmente Consejo de Administración del Estado, esa maquinaria institucio-

nalizada llamada Estado es manejada por el Gobierno. El Gobierno gobierna. ¿Qué es gobernar? Es hacerlo a través de políticas públicas, la acción del Gobierno son las políticas públicas, donde ésta afecta a todos y éstas no son el escenario de lo privado.[1]

No se puede confundir propiedad pública y gasto público, partamos de analizar una empresa de servicios, y su impacto en el gasto público, no interesa que la empresa dé pérdidas y preste mal servicio lo importante es que es un activo del Estado sin impacto en la estructura del gasto público, las grandes privatizaciones en América Latina no tienen impacto en el gasto público, el Estado en Latinoamérica no se ha debilitado.

¿Qué hace el Gobierno con el aparataje que le da el Estado? Las políticas públicas le dan fuerza y hacen funcionar todo el mecanismo, los ciudadanos siempre esperan que el Gobierno haga algo, el ciudadano demanda cosas al Gobierno y está en el Gobierno hacer las cosas; en la teoría democrática la Democracia funciona en el ámbito del juego exterior del Estado y de sus actores (la Democracia no existe en el poder judicial y la policía) hay nichos del sistema político que se exceptúan.

La Democracia no es exportable. En el juego de la oferta y la demanda de los ciudadanos, el pedir cosas al Estado se regula por una lógica, quien ofrece lo hace por haber sido elegido y tiene capacidad de oferta, lo cual, traducido en términos weberianos es legitimidad racional-legal (línea Kant) eso le da el título al gobernante para gobernar por políticas públicas, con muchos cheques en blanco; a pesar de las líneas generales del programa hay una especie de contrato tácito, se reciben votos y el Gobierno los devuelve en políticas públicas, esas políticas públicas son acciones del Gobierno a la sociedad, en contrapartida los actores sociales dan su apoyo al gobierno, esta relación es claramente circular.

A través de las políticas públicas se busca la eficacia donde la respuesta ciudadana da legitimidad al gobierno; no se puede conocer estáticamente, la eficacia se basa en el terreno objetivo, y la legitimidad en el terreno objetivo -yo creo- si un candidato promete reducir el índice de pobreza de un 20 a un 10% y yo confío en él doy mi voto, ello da legitimidad al Gobierno, la legitimidad se puede medir según los índices de abstención lo cual es señal de deslegitimación del Gobierno.[2]

Para Lipset en su obra "El hombre político" de 1960 nos dice que la legitimidad envuelve la capacidad del sistema de engendrar la creencia que las instituciones políticas son las mejores para la sociedad; la legitimidad es valorativa por lo tanto hay que ponerla en consecuencia con la historia, la eficacia tiene importancia sistémica.

GOBERNALIDAD

Este término es vacío, confuso, engendra latinajos, la palabra gobernabilidad se usa en muchos escenarios para dejar de hablar de temas importantes como la eficacia y la legitimidad, es palabra engendrada en la política no en la academia. ¿Qué es? Es la capacidad de acción del gobierno relacionada con factores ambientales o de sí mismo, una palabra que comprende más y es de sentido más amplio que es gobernación. ¿Gobernar para qué? ¿Con qué objeto? Con legitimidad y eficacia; buen Gobierno es el que satisface a los ciudadanos de la *polis*, es gobernar con eficacia y legitimidad democrática.

Acción de Gobierno: ¿Cómo se hacen los Poderes Públicos? ¿Cuáles son las relaciones entre Gobierno y Legislativo? Son por excelencia las políticas públicas los fines del Estado, gobernabilidad es que el legislativo deje hacer al Ejecutivo.

LA DEMOCRACIA EN AMERICA LATINA

El problema de entrada es:

Las ciencias políticas están en embrión en América Latina, no se tienen estudios por ejemplo de los Presidentes ni de cómo actúan realmente ni de cómo interactúan con su gabinete, faltan trabajos empíricos.

El déficit histórico. La democracia a lo largo de más de ciento ochenta años es una forma de Gobierno, de presencia escasa y dificultosa hasta 1985.

CAUSAS: La democracia en América Latina se asienta en la caída del antiguo régimen; esto supone la caída de un vínculo colonial el cual tenía una determinada monarquía, la dominación española era antidemocrática en un sentido doble:

a) La idea sobre la que se va a gestar la democracia -imbuida de liberalismo- en EUA era una idea de finales del siglo XVII, basado en Locke y Hamilton, ello no existe en el ámbito español donde dominaba el espíritu de la contrareforma protestante, que limitaba la autonomía del 'yo' (y del liberalismo) sus formas eran la inquisición, el control a las universidades por la Iglesia, por estas situaciones no afloraron estas ideas en el ámbito hispánico.

b) De tipo institucional: se dan dos tipos que dominaban el universo de lo hispánico.

1. ausencia de prácticas de autogobierno -a diferencia de USA- los virreyes eran nombrados para el Nuevo Reino con unas instituciones establecidas previamente, sin posibilidades para los criollos de articular mínimas demandas. En USA se desarrollaron Asambleas locales con capacidad de autogobierno. El instrumento institucional legislativo es extraño pues poco se relacionaba con la realidad local, la ley se disocia de la realidad, se obedece pero no se cumple.

2. Otra institución es la idea de mercado, se relaciona Democracia y Mercado ¿es posible una Democracia sin mercado?, en América Latina no hay mercado, éste es monopolio de la corona lo cual se restringe a determinados puertos. Surge el contrabando como fenómeno del mercado.

Cuando aparecen los cabildos y las juntas de líderes criollos se derrumba el principio monárquico, surgiendo el principio constitucional republicano, éste aparece en la realidad política latinoamericana como algo necesario y funcional para llenar un vacío; como sustento de tipo ideológico se acoge la teoría de la Constitución, se da el fenómeno de Repúblicas constitucionales sin republicanos y de constituciones sin gentes que crean en ellos, la diferencia de Francia con USA es que estos asumen su Constitución como realidad propia, esta clase no existe en Latinoamérica, donde se toma el legado constitucional con otra mentalidad.

El capitalismo arrasa en América Latina (en Brasil no se produce la ruptura monárquica) y se substituye la dominación española por el instrumento constitucional. El desarrollo histórico del siglo XIX en América Latina se da conforme a un patrón, el poder se mantiene sobre la base dé la posesión de la tierra, surgen en este mismo siglo los **líderes-caudillos**, son parlamentarios de miles de hectáreas.

El ejercito es institución (maquinaria burocrática, disciplinada, el cual sigue objetivos militares diseñados por los civiles) no existía en América Latina donde había tradición de armas no como ejército, el Estado es débil y poco capitalizado.

El Estado del siglo XX en América Latina tiene un componente distinto al norteamericano que es el elemento populista, toda evolución de la política en Latinoamérica se puede analizar desde la construcción del Estado y la Nación, el siglo XX en Latinoamérica aparece dominado por el concepto de populismo.

Hay dos matrices a la hora de hablar de Estado en América Latina.

ESTADO POPULISTA

Elementos de este modelo.

Las relaciones entre poder y sociedad adquirían una caracterización cuádruple.

a) *Verticales*. Son jerárquicas, de un populismo definido por el horizontalismo, es la relación de señor Presidente;

b) *Expresión antinatural de la política*. El populismo tenía la retórica nacionalista como fundamento. El embajador de EUA es la figura principal. No hay valoración de lo nacional;

---

[1] Margaret Thatcher en los años sólo rebajó en 11% el gasto público, su revolución conservadora sólo privatizó British Airways, Telekom y una empresa más.

[2] En Cuba funcionó el sistema vía eficacia, cuando ésta disminuyó por la perdida de subsidios se deslegitimó la revolución.

c) *Las relaciones entre poder y sociedad son excluyentes.* En el populismo el Gobierno quiere incluir a la gente, es desmovilización política sin partidos ni sindicatos;

d) *Carácter cleptocrático de la política.* La cleptocracia es el poder de los ladrones, el país es gobernado como una empresa.

Todo se traducía en la personalización del poder en lo social y económico. El Estado es mero mecanismo de control de la sociedad por el autócrata, son de oligarquía económica (Somoza, Chamorro) los elementos de soberanía nacional se ven disminuidos, el ejército es guardia nacional que funciona como guardia pretoriana del dictador.

La economía, se vertebra en torno a la exportación dolarizada. Todas las monedas centroamericanas tienen paridad con el dólar, total, fija y permanente. El sentimiento de identidad nacional es muy tenue.

ESTADO SULTANISTA DE REPUBLICA BANANERA

Caracteristicas

• Hasta 1930 el modelo se construye dando cabida a movimientos migratorios importantes substituyendo a USA por Inglaterra, se cierra con la crisis del 29 basado en el libre comercio, después se da la política de substitución de importaciones.

•Hay mimetización de formas de tipo corporativo (de éxito en países como Italia y Austria)

•Hay componentes retóricos de nacionalismo.

•Hay notable centralidad del Estado (no del Estado Liberal del siglo XIX) en los años 30 se da un proceso político donde las competencias se asumen por el Estado Central en cabeza del Ejecutivo fuerte.

• Las constituciones (Querétaro de 1917) le empiezan a dar un papel central al Ejecutivo como interventor, como protector, en las constituciones posteriores a los años 30 se mantiene la tradición presidencialista.

• Hay una práctica generalizada de movimientismo como expresión del quehacer político con bajas cuotas de institucionalización, se plantea la movilización de los ciudadanos para su incorporación a la política, se da la relación entre líder y masas, la política es de balcón, sin instrumentos intermedios. Se empieza a hablar entonces de movimientos populistas.

• Se mantienen los viejos patrones de caudillismo, el liderazgo de las FF.AA (Perón en Argentina) o instancias sindicales. El liderazgo era básicamente de tipo agrario, después se presenta a través de las FF.AA o del sindicalismo: se da la capacidad de desarrollo al caudillismo.

• Dos décadas después se da la inmersión en la guerra fría, es elemento unificador para toda América Latina, cae bajo la zona de influencia de Norteamérica. Se crea un problema por la cual la izquierda queda por fuera del sistema político, se asume el comunismo (relacionado con lo soviético, no tanto americano) se da al populismo una característica interesante cual es la difuminación de la variable derecha-izquierda, estas situaciones generan en Latinoamérica una perplejidad, ubicar los partidos sea en la izquierda o sea en la derecha, en los años 50 y 60 se confunden las identidades.

CARACTERISTICAS ESPECIFICAS DEL POPULISIMO

1. **Relación entre poder político y sociedad.**

El poder político -basado en el populismo- es la invocación del pueblo como elemento justificativo y como motor (es quien actúa y quien conduce)

La idea de reformismo estatista. Son regímenes populistas, se llevan a cabo reformas políticas que conducen al desarrolismo, las economías en América Latina entran en índices de desarrollo altos.

2. **El centrismo**.

Son gobiernos que venden ideas de terceras vías o en posición centrada, fuera de dogmatismo en antagonismos y polarizaciones políticas.

Se presenta una clara opción por políticas de corte distributivo (de la riqueza lo cual hoy es más injusto que hace 25 años).

Los modelos analizados entran en crisis en los 70 tanto política como económicamente, las economías se ponen en marcha igual que en los países occidentales, en el año 73 se da un shock energético, 10 años después -en 1982- se da la crisis de la deuda (síntoma que algo se ha quebrado).

La crisis económica plantea que el modelo de Estado no da más de sí, por tratarse de un modelo que se ha creado sobre la base del ingreso público que surge de la política comercial, de los impuestos a las importaciones y exportaciones, que en ningún momento había pretendido plantearse en un ingreso público basado en una fiscalidad de las rentas más importantes de los ciudadanos y las empresas.

La política fiscal de los regímenes populistas se basó en una visión personalista de la política (el Estado es el gran padre que sólo da), de visión poco revolucionaria y reformista, todos estos regímenes tuvieron en su propio acervo del discurso un componente revolucionario alto el cual señala incluso a sus enemigos (oligarquía, capitalismo, burguesía nacional) todos renunciaron a una política agresiva fuerte frente a estos enemigos. Las nacionalizaciones se hacen por procesos lentos y con indemnizaciones, uniendo los elementos paternalistas y no-revolucionarios, se pretenden seguir dando cosas, la matriz impositiva de régimen fiscal es raquítica, se centran en instancias ya existentes, como consecuencia se dan créditos fiscales importantes para financiar las políticas populistas. La estructura se financia sobre, el comercio internacional lo cual es muy débil (es el gran núcleo de la política latinoamericana). El problema político es el carácter que el ciudadano tiene de persona que no participa en el tinglado de la política económica.

No taxation without representation, es fundamental en términos de la ciudadanía democrática, interesa ligar el concepto de pagar impuestos y la representación política, taxation = representation, por encima de ese binomio está el Estado quien tiene la capacidad de la imposición, sobre el cual los ciudadanos tienen un control a través de sus representantes, la política latinoamericana es de matriz populista: no acepta ninguno de los dos elementos, no acepta el discurso de la imposición (el padre no cobra a sus hijos) y por otra parte no se han desarrollado las claves de participación por ser movimientista (ser peronista es ser argentino, el PRI está para preocuparse por nosotros es el lema) estas ideas se patentizan en el nuevo Estado donde el dinero es infinanciable, los tipos de intereses los pone *wall street*, el comercio exterior se contrae y la capacidad fiscal del Estado es ridícula, la pregunta es ¿cómo financio el Estado? La línea es o neoliberal o neoconservadora, no se trata de cambiar el concepto de Estado sino el tipo de Estado o el tipo de matriz, la cual se ha mostrado incapaz de gestionar la fórmula, ya el ideal republicano no existe, la situación es complicada pues hay que empezar de abajo.

Lo básico del siglo XX es el Estado pero es el gran elemento de crisis de los años 70 y 80; el Estado populista es Estado en quiebra (el populismo nos muestra unos militares más corruptos que los civiles).

DIFICULTAD DEL CONCEPTO DE DEMOCRACIA EN AMERICA LATINA

En América Latina se cuestiona la Democracia, hay un exceso de criticismo contra la Democracia.

El Presidencialismo en América Latina

Para la época de la independencia los legisladores de la clase política se encontraban sometidos a dos tipos de influencias, una proveniente de la Europa francesa, el modelo francés no podía solucionar todos los problemas, presentaba el gran problema de la institucionalización del poder, con varias constituciones –algunas de tipo bonapartista– en este modelo lo importante eran los principios y la declaraciones de derechos los cuales fueron exportados a las constituciones de América Latina, no tanto su parte orgánica pues Francia no tenía modelo estable de organización del poder.

El segundo modelo de influencia es el de EUA en su enfoque de organización de los Poderes Públicos, este modelo inventó dos técnicas constitucionales: a) el federalismo como modo de repartir el poder (recibido con reservas en América del Sur) y b) el Ejecutivo presidencial y republicano, se trata de un Poder Ejecutivo sustancial en un nuevo tipo de régimen político: la República.

En Europa existía un Ejecutivo institucionalizado en la persona del Rey, así lo había conceptualizado Montesquieu en su análisis del Ejecutivo de Reino Unido con competencias que vienen de la historia. El régimen racionalizado llamado República tenía algunos teóricos como Rousseau el cual en su contrato social presenta una República pero su lógica es la de presentar un Poder Legislativo y una definición de ley como decisión de pueblo –criterio orgánico– la sustancia de las leyes es la de ser general y expresión de la voluntad general, cuando Rousseau habla del Poder Ejecutivo lo ve simple, como aplicación de la voluntad general, absorbido por el Poder Legislativo. En EUA se conceptualiza una forma republicana de Ejecutivo, en la construcción de una República donde éste se debe institucionalizar de tal forma que pueda competir con el Poder Legislativo, esta formulación de Ejecutivo se encuentra en Hamilton, es la constitucionalización de un Ejecutivo republicano enérgico, un rasco de representatividad, el Presidente no debe ser de origen del Congreso, su modo de elección debe ser diferente, por eso existe un colegio de electores, su autoridad es de origen diferente, en el espíritu de los constituyentes no debe ser el hombre del Congreso, los representantes son más sabios que el pueblo que tiene pasiones.

En la Constitución originaria, la duración del mandato es de cuatro años y se puede presentar nuevamente a elecciones sin restricciones de ningún tipo, el Presidente a través de su Administración aplica la ley, celebra tratados, es comandante en jefe de las FF.AA., es una personalidad donde existe una unidad del Poder Ejecutivo, es Monarca, republicano.

En América Latina hay un desfase de un Presidente como suprema autoridad administrativa, Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Es régimen político cuyo Ejecutivo se llama Presidente lo cual para Europa es una corrupción de régimen presidencial de Norteamérica (su origen no está en el texto originario sino en disposiciones posteriores).

La Constitución del Colombia tiene dos rostros:

1. Uno negro, el de los estados de excepción.

2. Otro blanco, el Estado de Derecho y todas las demás disposiciones de la Constitución.

La confusión de poderes no es sólo monopolio de Colombia, en Francia lo establece el Artículo 16 de su Constitución ante amenaza grave que afecte las instituciones republicanas y el funcionamiento regular del Poder Público, el Presidente de la República puede con consulta previa tomar las medidas necesarias exigidas por las circunstancias; en Colombia las condiciones son diferentes, se presenta una coexistencia entre lo perteneciente a lo jurídico y a la violencia que se traduce en los estados de excepción. Bolívar nos decía en 1821 yo soy el hijo de la guerra, en la Constitución de 1821 ya se daba una definición de los estados de excepción.

Relaciones de Orden Constitucional entre el Estado de Derecho y los Estados de Excepción

Para Constant la Constitución es separación de poderes, es la materialización de la idea de libertad (artículo 16 de la declaración de derechos del hombre y el ciudadano).

Crisis del presidencialismo en América Latina

Es tesis emitida ante la consolidación de las democracias en América Latina. En esta parte se presentan dos transiciones:

De un Gobierno Autoritario a un Gobierno Civil. Una Poliarquía como Alternancia del Poder

Se trata de dos regímenes políticos y de dos modelos de separación de poderes, estos dos modelos son el inglés liberal, no se trata del Rey ni de la Cámara de los Lores, sino la vinculación del Gabinete y los Comunes. La palabra clave es la responsabilidad política, el Ejecutivo está orgánicamente a la Cámara de los Comunes. Es un sistema de gobernabilidad, es más democrático, el modelo norteamericano, no existe vinculación orgánica entre legislativo y Ejecutivo, es otra interpretación de principio de separación de poderes, cada poder tiene su fórmula específica, se da el veto al legislativo.

Un régimen no puede mezclar dos fórmulas, la cohabitación en Francia es un caos, en el ámbito de las relaciones exteriores es un laberinto; es un medio para un Primer Ministro, son personas no contentas con su poder actual, con lo cual la seducción del modelo francés se pierde.

Políticas Públicas

Las políticas públicas aparecen a partir de los problemas generados en los Poderes Públicos, en la esfera de lo público son asuntos de decisión pública a ser tratados por los órganos de Gobierno, según la esfera de lo privado los Poderes Públicos no deben intervenir, esta dicotomía hay que acabarla pues la esfera de lo público se amplía en el Estado Bienestar en los dos últimos siglos.

En la elaboración de las políticas públicas podemos encontrar dos etapas:

a) Formulación de alternativas. Podemos encontrar tres alternativas:

1. El experto, el político no sólo debe guiarse por la lógica de los otros sino sobre base de proyecciones, pronósticos, extrapoblación de tendencias, las cuales se aplican a las bases de datos.

2. Predicciones. Entran en este ámbito las teorías.

3. Conjeturas. Juicios de valor sobre el futuro.

b) Decisión sobre ellas. Toma de decisiones.

Forma de tomar decisiones: la diferencia entre decisión y no decisión es decidir con objetividad la alternativa más adecuada de acuerdo a los objetivos de quien toma la decisión, ello implica:

1. Definición de objetivos.

2. Planteamiento de acciones.

3. Decisión.

Beneficios:

• El principal es el sentirse parte de un colectivo, por lógica de identidad, no lógica racional.

• Se ingresa en un modelo real, no se limita por los intereses subjetivos y sicológicos de quien toma las decisiones ante la falta de información necesaria. Es de destacar la influencia de valores de quien toma las decisiones pues es efectiva la presión de otros intereses, así no se elige la mejor solución sino la menos mala.

• Este es el modelo incrementalista de tomar decisiones.

Las decisiones hay que entenderlas como una solución posible –Wildwsky– se puede hacer un buen diseño de políticas adecuadas pero éstas fracasan por la forma en que se implementan.

En el actual Estado se presentan tres tipos de intervención pública:

a) El Gobierno de la economía;

b) El Estado Bienestar;

c) Los nuevos ámbitos de intervención pública (más allá del Estado de Bienestar).

Históricamente el Gobierno como institución en términos generales se ha movido desde una reducción del estado mínimo[3] (sus funciones son las tradicionales de orden, seguridad interior y exterior) hasta el Estado de los años 30 donde interviene en lo económico, no dejando al mercado actuar libremente, en especial a través de las políticas económicas, de industrialización etc.

Estado Bienestar significa intervención para bienestar de los ciudadanos, se da el paso así a un estado asistencial –los ministerios más importantes son educación, salud– más empleos, pensiones, más jubilación. Los nuevos ámbitos de intervención en las últimas décadas son los temas ecológicos, las desigualdades de tipo racial, de género, problemas que en anterior estado no existían. La solución de

---

[3] Los primeros gobiernos de la etapa del *laises fairer* no intervienen en ningún otro aspecto, su función es defender a los ciudadanos.

estos problemas se asocia a un nivel de desarrollo, en tránsito a una sociedad postmaterialista.

A un nivel de políticas económicas hay un factor que los marca, es la crisis del Estado Bienestar, en Latinoamérica es la crisis del estado céntrico o populista, cuyo frente era la intervención pública en los terrenos asistenciales y productivos. Estas crisis se originan principalmente en la entrada en estas economías del neoliberalismo y de la globalización; en términos de contenido es la superación y el paso del modelo keynesiano de apoyo social donde el Estado actuaba como mecanismo de consecución de todos los objetivos a las desregulaciones y privatizaciones; estos fenómenos generan una serie de estrategias en conflicto, el discurso socialdemócrata keynesiano se apoyaba en un aumento del gasto público acompañado de un paquete de medidas fiscales (o el aumento del gasto público vía endeudamiento). Una vez que el Estado interviene resulta difícil eliminar o dar vuelta atrás a dicha intervención; o sea, no se puede volver a políticas restrictivas sin que sean conflictivas, se producen así desajustes que general políticas fluctuantes o bandazos en lo económico (intervención con reconvenciones) o crear polos de desarrollo alternativo.

Con la entrada del neoliberalismo en el sector público empresarial se dan:

a) Selectividad en las adquisiciones;

b) Nacionalización de empresas rentables;

c) Privatizaciones;

d) Liberalización, desregulación de sectores monopólicos (telecomunicaciones entre otros).

Todos ellos con distinto peso donde el peso mayor lo tienen las privatizaciones lo cual implica a corto plazo un desahogo de recursos, a este tipo de políticas se añaden políticas transversales cuyo objetivo es paliar las anteriores, tales como la promoción de las exportaciones, la mejora de las pequeñas empresas, las políticas de apoyo tecnológico. Descienden los niveles de intervención en lo económico y se apuesta por el mercado, un gran apoyo en lo tecnológico por las grandes empresas de concentración empresarial, de orientación liberalizadora como consecuencia de la intervención económica.

Las **políticas laborales** aparecen supuestamente como políticas de Estado Bienestar destinadas a favorecer las condiciones de vida de los trabajadores, en el mercado del trabajo se dan fenómenos como la concertación y el neocorporativismo, donde la política económica se adelanta a través de negociaciones y acuerdos entre gobiernos y sectores de capital y trabajo, así, los sindicatos son los actores los cuales pasan a tomar decisiones por monopolio de la representación sobre su sector, la finalidad patente es la desmovilización lo cual desactiva la conflictividad social. Los sectores empresariales y los sindicatos toman decisiones lo cual genera debilidad en cuanto a la representatividad social de la cual disponen. **El Modelo Corporativista** supone rigidez entre gobierno-sindicatos-empresarios en la toma de decisiones en políticas laborales y económicas. Estos tres actores negocian olvidando el Parlamento sede anteriormente de estas negociaciones.

La característica de los 80 es reformulación de los acuerdos neocorporativistas en niveles concretos y niveles de lo estatal. Las políticas de Estado Bienestar –sanitaria, educativa, protección social– se desregulan y se privatizan los servicios.

Los nuevos ámbitos de intervención son de dimensión cultural, políticas lingüísticas, ecológicas, políticas de recursos hídricos, políticas de integración social (de inmigración en algunos países), políticas de acción afirmativa, de discriminación positiva.

Democracias desiguales

¿Favorece la Democracia el Desarrollo Económico?
¿Se Condiciona la Política a la Economía o Viceversa?

Existe una causalidad entre los niveles económicos y Democracia. Las condiciones necesarias para que exista Democracia son:

a) Una **fórmula política,** un sistema de creencias que legitima el sistema democrático y que especifica las instituciones legitimadoras (consideradas adecuadas por la Democracia);

b) Grupos dirigentes políticos en el poder;

c) Existencia de un grupo de dirigentes que no están en el poder, pero tienen la posibilidad de conseguirlo (oposición);

d) Entender el desarrollo económico en función de cuatro elementos:

1. Industrialización.

2. Riqueza.

3. Urbanización, y

4. Educación o instrucción.

Existe una gran relación entre Democracia y desarrollo económico, pero ésta no es condición necesaria pues el desarrollo es solo una probabilidad.

¿Hay relación entre Democracia y Desarrollo Económico?

En Latinoamérica en la década de los 80 presenta tres tipos de transiciones:

1. *En lo social.* Relacionada con el proceso de modernización, hecho bajo un concepto populista, autoritario, los actores sociales se incorporan a través el Estado en un modelo económico, que propende por un incremento en la educación y la industrialización, se convierte en algunos casos en modelo desarrollista.

2. **Transición Política**. No paralela en el tiempo.

3. **Transición socio-económica.** No se encuentra desligada de las anteriores e integra las tres variables, se trata de la opción por un nuevo modelo económico: el modelo neoliberal, las cuales son realidades y soluciones económicas bastante distintas.

La crisis del Estado céntrico y las políticas de ajuste o globalización se constituyen en un paquete de políticas que se aplican por ejemplo para solucionar una hiperinflación o una crisis fiscal del Estado. A través de la sociedad civil se presentan nuevas formas de concertación, se da crisis del movimiento obrero en Latinoamérica.

Como modelos de regímenes autoritarios se dan:

a) El **argentino,** es régimen militar feudal de gran dispersión y fraccionamiento del poder (1976-1983);

b) **Régimen Militar Sultanístico de Chile:** de 1973 a hoy, hay gran concentración del poder, debido a ello tomar medidas es más factible.

Son las características de estos tipos los que permiten explicar la transición y el mayor o menor desarrollo económico, la fortaleza del régimen chileno es el reacomodamiento del mismo, en el caso argentino el conflicto es mayor, la política económica del régimen militar se contrarresta con presiones de ganadores y perdedores; aquí es importante determinar cuál es el papel de los grupos empresariales a nivel político en la identificación de los problemas y la toma de decisiones.

Medidas de medición democracia y desarrollo económico

1. **Indice del PIB.**

2. **Indice Bienestar Económico Social:** Renta *per capita,* más nivel de instrucción, o contaminación, servicios sanitarios y sociales, educación, medio ambiente.

3. **Indice de Desarrollo Humano.** Fue creado este instrumento por el PNUD para desarrollar un instrumento que mida efectivamente el desarrollo, el índice de desarrollo humano parte de la preocupación por la satisfacción de las NBI, es un índice cualitativo no cuantitativo, no se trata de la cantidad de bienes ni de la renta sino de la optimización, la cual se adopta a patrones culturales, se intenta segmentar así a los países en función de estos criterios, o sea, se puede tener renta *per capita* alta pero con factores correctivos cambia. Este índice se descompone por mecanismos correctores de etnia, religión, etc. El índice de desarrollo humano son condiciones de equidad y sostenibilidad, para que se den es necesario fortalecer las instituciones

y la sociedad civil, se trata de un índice optimista, muestra problemas de subdesarrollo y de mal desarrollo, es un buen instrumento político por manejar la disparidad norte-sur y el bienestar. Un índice más favorable aumenta la productividad de los trabajadores y un índice elevado conlleva a concebir una sociedad democrática.

4. **Otros índices:** Falta de vivienda, drogadicción, suicidios, todos ellos son elementos correctores.

Legitimidad democrática:

La Democracia es legítima, su legitimidad se renueva en elecciones, el sistema democrático tiene una especie de reserva de legitimidad, cuanto más democrático es un régimen hay mayores posibilidades de igualdad; la igualdad se incrementa cuando las organizaciones obreras no están excluidas de la arena política, cuando no existe un fuerte corporativismo y cuando los mercados laborales son más flexibles, ello permite un crecimiento con menos presiones, y no hay dualidad entre los sectores beneficiados.

Concepto de cultura política:

A través de este concepto de cultura política se explica la construcción, estabilidad y funcionamiento de los regímenes democráticos. **Cultura política** es el conjunto de actitudes y pautas de comportamiento que son predominantes en el seno de una sociedad cualquiera.

Tiene tres características:

a) La cultura política es estable a través del tiempo, esto no quiere decir que no esté sujeto a cambios o modificaciones, sólo modificable a largo plazo, no hay cambios en períodos cortos pues tienen elementos básicos que la caracterizan;

b) Abarca la totalidad de la sociedad, se plantea un problema, los elementos característicos de la cultura política son hegemónicos en el sistema político;

c) En un país determinado pueden existir subculturas que comportan una serie de valores iguales o diferentes a los predominantes en un momento determinado.

En todo sistema político, un elemento presente en el régimen es el tema de la cultura política, el régimen político puede tener una cultura y la comunidad otra.

Uno de los primeros exponentes de la teoría de la cultura política fue Almond, pero estos criterios han evolucionado y este concepto cuestionado pues para algunos críticos la variable cultura política no explica el régimen político. En la actualidad hay un resurgimiento de los estudios que utilizan la variable cultura política.

¿Cuál es la influencia de los factores socioculturales en la transición a regímenes democráticos?

La economía no explica todo como factor socioestructural básico, sobre todo cuando se estudia cómo funcionan los regímenes políticos democráticos y cuáles son sus logros, ello para entender las vías de desarrollo de las naciones, la eficacia de las mismas y la forma en que se concibe la vida política en las diferentes sociedades. La finalidad que se persigue es el establecimiento de regímenes democráticos de acuerdo con los modelos de sociedades más avanzadas democráticamente.

El grado de eficacia de la cultura política se mide en los regímenes políticos de acuerdo al grado de exigencia ciudadana, el grado de imbricación social en los procesos de toma de decisiones.

Es importante reflexionar sobre dos líneas básicas:

a) La reflexión de los países que tienen caracteres históricos distintivos (nacional distintivo). El carácter nacional es referido a la cultura política;

b) Otro tema presente –sobre todo en las reflexiones de Weber sobre el Estado– es que el Estado para mantenerse tiene que ser eficaz y legítimo, ello significa que tiene que haber una serie de valores mínimos compartidos por la población.

Tienen que tener una **legitimidad,** que sus decisiones sean aceptadas y seguidas por todos los actores y el conjunto de la población, ello porque creen que este modelo de relaciones políticas es el mejor modelo para ese país durante un período determinado, y que ese modelo se considere el más idóneo para la resolución de sus conflictos y que la población exija un mayor o menor grado de eficacia del Estado, o éste se vea cuestionado; otra forma de entender la legitimidad es cuando el régimen tiene mayores posibilidades de mantenerse mientras se considere que no hay alternativa mejor y que el mismo sea considerado merecedor de apoyo por la sociedad y sus élites.

Podemos señalar tres acontecimientos históricos en el surgimiento de los estudios sobre la cultura.

a) El inicio de la guerra fría y la influencia de la revolución rusa;

b) La asociación de los valores más vinculados. La segunda guerra mundial, su demostración del estudio de la estabilidad del régimen alemán e italiano, se da el intento de descubrir las claves para que no se vuelvan a instrumentar en un país determinado;

c) A partir de la postguerra se presentan los fenómenos de descolonización y la presencia de nuevos estados nación, se da igualmente un gran interés por parte de USA y la URSS por atraer a estos países a su órbita de influencia, para ello se hacen atractivos los modelos, se presenta gran confluencia de intereses entre los gobiernos y los investigadores, lo cual se va a estudiar a partir de los 40 hasta los 80.

La gran pregunta que aún hoy nos hacemos es sobre las posibilidades y limitaciones de la construcción de modelos democráticos a lo occidental en otras realidades diferentes a las occidentales (Europa y Norteamérica), el objeto de estudio es ver cómo se construyeron las democracias occidentales para desarrollar políticas que respeten en lo esencial el modelo, lo ideal es establecer modelos de desarrollo político que permitan establecer democracias estables en esos países, la base es el desarrollo político que permita establecer regímenes democráticos a la occidental; estos fenómenos se tienen que ligar necesariamente a la expansión de los procesos de modernización social (Almond distingue los sistemas democráticos estables de los no establecidos por la cultura política). La presencia de valores democráticos en la población es lo más difícil de establecer pues ello significa un cambio de valores. La cultura política se debe vincular a la Democracia como variable única.

En esta perspectiva, hay que traer a colación a Liepseg, pues para este autor, las condiciones económicas (la evolución económica) explican el establecimiento y estabilidad de regímenes democráticos, lo primero que se da es un proceso de modernización social y de crecimiento económico del modelo capitalista, a partir de esta premisa básica se pregunta cuál es el modo de entender y el papel del Ejecutivo y la relación entre economía y estabilidad democrática en Latinoamérica.

El objeto de la cultura política es el sistema político en su conjunto, y éste en cuanto *inputs* al sistema político mismo; los objetos administrativos en cuanto decisiones del sistema político y el individuo y su descontextualización a sí mismo en el seno de la sociedad política.

Características de la cultura política

a) La cultura democrática es resolución de conflictos entre valores tradicionales y valores modernos;

b) La cultura política es pluralista, se basa en la comunicación y en la diversidad;

c) La cultura política se basa en el consenso;

d) La cultura política se basa en la asunción de la diversidad;

e) Comunicación y persuasión son los elementos básicos, permiten el cambio moderándolo, la cultura política se basa en la tolerancia;

f) Un elemento característico es la existencia de subculturas que van a corresponder a los grupos sociales, presenten en la unidad básica de análisis que es el Estado Nacional;

g) La vinculación de las creencias individuales de las personas con las creencias de los grupos, se deben medir los valores del individuo y los valores de los grupos.

Estudiar la cultura política hoy es analizar, en primer lugar, la transferencia de las orientaciones y opiniones de los individuos respecto a la política, ello es consecuencia de los procesos de cambio político en Latinoamérica y Europa del Este; en segundo lugar ver cómo se quiebran las democracias, y por último analizar el papel de los factores culturales en las sociedades postmodernas y post-industriales.

ORIGINAL BORROSO PAGINA 39

Cuestiones actuales del debate sobre la cultura

Las sociedades en la actualidad experimentan procesos cíclicos, asumir la Democracia se tiene que hacer sobre la base de sustratos predemocráticos previos a la experiencia autoritaria que hayan pervivido y que la Democracia ya establecida tenga posibilidades de perdurar sobre esa base, se requiere igualmente que los valores no hayan desaparecido como consecuencia del régimen autoritario (caso Argentina, Chile, Uruguay, Hungría).

Una **estabilidad política democrática** se puede definir como las pautas, las normas, el régimen democrático más la cultura política democrática, más los valores élite de la comunidad política, esas élites...

Lo anterior se da en dos escenarios:

Relaciones Gobierno ® Congreso

Relaciones órganos de representación ® representados.

Estos son los dos binomios sobre los cuales la Democracia en Latinoamérica tiene mayores problemas, este es el escenario donde se pueden ubicar elementos que pueden difuminar el alcance de la Democracia.

El eje Gobierno-Parlamento es básico en un régimen democrático, de allí surgen las políticas públicas, lo incuestionable son los principios generales del Estado, en Latinoamérica se define este binomio sin excepciones a través de la matriz presidencialista –la cual es insólita para el resto de las democracias del mundo– se da históricamente con motivo de las revoluciones liberales (entre ellas la francesa), el credo que triunfa en ambos escenarios es el republicano lo cual significa dos cosas:

• No hay más poder que el que la soberanía popular decida

• Nacimiento de los electores y colegio electoral.

Es la idea que todo poder procede del pueblo elegido por mecanismos institucionales, es coherente plantear que esos nuevos poderes van a ser elegidos. La doctrina de la separación de poderes es la visión que una de las funciones que debían tener los poderes era la de controlarse a sí mismos, en sistema de frenos y contrapesos para que ninguno fuera dominante, que un poder detenga al otro poder, era una idea básica del pensamiento ilustrado.

En los países de Latinoamérica que va surgiendo el credo republicano va ganando la partida, en algunos países europeos predominan híbridos donde la Monarquía sigue vigente en especie de acomodamiento de la Monarquía a los principios democráticos, la Monarquía con el tiempo va cediendo a las fuerzas políticas y reconquistan el poder a través del Gobierno de Gabinete, el híbrido consiste en que lo democrático se va depositando de forma mayoritaria en el Congreso, el Monarca reina pero no gobierna, sus funciones van a ser sólo protocolarias, de representación del Estado.

La consecuencia es el **desarrollo del modelo parlamentario** donde el poder político descansa en el Parlamento y sólo de allí surge el poder; en occidente las dos expresiones republicanas son Weimar y España de 1931, donde no se acepta el credo monárquico y eligen un Presidente de la República por debajo del Congreso, con funciones de representación, pero cuyo poder político está por debajo del Congreso. Este modelo va a ser exitoso en las transiciones de Francia, Alemania, Italia y la consolidación de los regímenes del norte de Europa; en los años 50, 60 y 70 las Repúblicas de Latinoamérica empiezan a quebrarse mientras el Parlamentarismo va para arriba.

Características del régimen Presidencial

1. Separación de poderes para que cada uno de ellos tenga facultades y funciones propias.

2. Cada poder tiene su propia legitimidad, como consecuencia ninguno de los dos poderes tiene capacidad explícita sobre el otro.

3. El Poder Legislativo no tiene el control político del Poder Ejecutivo.

Régimen parlamentario

1. No hay legitimidad paralela o doble.

2. Las elecciones son únicas de allí se genera el principal poder que es el Poder Legislativo, de éste surge el Poder Ejecutivo lo cual crea una particular relación entre ambos.

3. El Poder Ejecutivo tiene capacidad de control por la disolución de las Cámaras. En Noruega el Presidente del Gobierno no puede disolver las Cámaras hasta que no transcurran 4 años.

4. La Cámara tiene instituciones para hacer dimitir al Primer Ministro.

5. Hay una relación biunívoca de mutuo acoso. En Israel el Parlamento no puede hacer dimitir al Primer Ministro.

En términos políticos se infiere que a mediados de los 80 se empezó a pensar en qué medida el sistema institucional adoptado en un determinado país condiciona la estabilidad del mismo.

Derecho Constitucional Latinoamericano

Salamanca, José Luis Cascajo, enero de 2000.

La Constitución no es norma jurídica que se autosustenta, está condicionada por factores sociales, económicos, políticos, el tema constitucional es tema de batalla política en Latinoamérica.

¿Qué técnica jurídica aplicar en unos procesos constituyentes cuando un Presidente toma el poder?

El travestismo político no es sólo común de Europa, por muy perfecta y técnica que sea una Constitución (Kelsen, Constitución de 1920, o la C.P.E cuyo redactor Luis Cepeda duró cinco años en dicha tarea), así, el texto profesoral más perfecto no resiste media hora de política; en España no se tiene cláusula de intangibilidad como sí se tiene en Italia (ingreso de Saboya al territorio nacional, Francia cambia su forma territorial).

La Constitución es caballo de batalla política, ayudado por la técnica jurídica, por ello se requieren técnicas claras, pero sobre todo se requiere de actitudes, de allí la clasificación de Lord Bryce en constituciones rígidas y flexibles.

En principio se trata de la divulgación de esquemas doctrinales elaborados por la técnica europea, los cuales penetran en Colombia, México, Argentina.

La doctrina es expresión de la inteligencia no de la voluntad de jueces y políticos, eso sí después se puede aplicar en el foro, es expresión casi sacral, se toma con base en el principio de autoridad. El abuso de la doctrina conduce a niveles reiterativos, ésta debe ser viva, establecida como órgano jurídico de apoyo. La doctrina europea muestra un esquema, pero hay que tener cautela al hablar de posturas doctrinales. Para el constitucionalista Alejandro Nieto la interpretación del dato jurídico positivo, no es empuñar la lanza del político ni la masa del juez, la doctrina no es fuente del derecho para dictar leyes, ¿Qué pasa entonces con las normas principiales? El mejor jurista es quien mejor aplica los principios, el cómo se aplican es tarea primordial que procede del propio Kant, por ello la tarea del profesor no es enseñar pensamientos sino enseñar a pensar.

Visiones equivocadas al concebir la Constitución:

Equivocadas o desenfocadas, de poco recibo por erróneos y concebir la práctica del Derecho Constitucional.

1. **El Primer Error**, es perceptible en el mundo cultural: es la **visión Tautológica de la Constitución**, son definiciones estipulativas que no

dicen nada acerca del contenido, así Constitución es la que hacen los constitucionalistas; decir que Derecho Constitucional es un derecho regulador de lo Constitucional y lo constituido, es razonamiento que oculta dosis de ignorancia, no da la seña de identidad.

No se trata de ser glosador de glosadores, sin ideas no se puede hacer buen Derecho Constitucional, el profesor Canutillo de la Universidad de Coimbra nos dice que sin acudir a las fuentes, a las ideas, no hay Derecho Constitucional, de ello hay orfandad en Latinoamérica, no se aporta nada al discurso.

2. **Visión desenfocada**: es la de la Constitución como metáfora: fuente del derecho para hablar del modo de producir derecho. Luca Verdú nos habla del Tribunal Constitucional como techo, no contribuye al aumento del sentimiento Constitucional, a la pedagogía de la Constitución, ello no aporta gran cosa; desde el siglo XIX se pensaba en la Constitución porque la había desde 1812. Siempre había un texto constitucional para decir que había Constitución, es un sentimiento taumatológico lo cual no impidió los golpes de estado, se pensaba que por existir texto existía Constitución –ello desde 1978– los textos deben ser normativos, ajustados a las necesidades históricas. Este modo de razonar nos aleja del derecho positivo, es el leseferendismo; el derecho positivo es de vieja herencia, la revolución francesa nos legó una **Visión Culturalista, Enciclopedista,** ésta bien sea para explicar los principios de la Constitución. Orlando, en 1898, el cual se puede considerar como uno de los fundadores del derecho público italiano, nos dice que es visión demasiado francesa, histórica, política, social, pero poco jurídica, que no se puede abusar de la promiscuidad intelectual, la literatura debe ser más sobria, más ordenada y menos novela (no son programas de Partido las normas constitucionales, ello no implica que tenga una carga política inmensa).

3. **Visión desenfocada.** Según el profesor Solozabal, hay una idea cabalística y titánica de la Constitución, en la cual el alfa y el omega se contienen en la Constitución; las constituciones contienen todo tipo de derechos, a tal punto que se cree que no hay nada antes, después y fuera de la Constitución, cualquier conflicto jurídico se relaciona, y todos son Derechos Fundamentales y Derecho Constitucional, todo ello pasado además por el tamiz del Tribunal de Justicia y todo pleito puede ser tramitado a través del Recurso de Amparo.

Esta visión titánica y cabalística estimula la imaginación de los juristas, se concluye así que la Constitución es texto abierto, amplio, flexible, que permite cualquier concreción por la doctrina y el juez. No se entiende la Constitución como marco abierto sino como un arma, como un instrumento, no es el marco que propicia infinitas soluciones posibles, pierde así su carácter propedéutico, no es marco entonces, es un mandato de optimización (Alexy), sólo es Constitución la interpretación que sea la óptima, y sólo es Constitución lo que dicen los jueces que es; no se puede confundir Constitución con la última sentencia de la Corte Constitucional o la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

La Constitución es punto cero de la historia, sin antes, sin después, la Constitución es especie de marcapasos en un Estado Nacional, donde las paredes empiezan a resquebrajarse. ¿Hasta qué punto la Constitución no está siendo obsoleta?

La cuestión histórica de los estudios de los ciclos de evolución en Latinoamérica

Contexto histórico político: Derecho en general supone un elemento en común de la vida de la realidad vital. La historia constitucional en Latinoamérica o ha sido acelerada o se ha dado por rupturas revolucionarias.

Derecho supremo: son las reglas básicas de convivencia ciudadana, es el acudir a la Constitución y a su concepto más amplio que es el Derecho Constitucional. La pregunta obligada es:

¿Existe un Derecho Constitucional en Latinoamérica? Y ubicarlo al mismo nivel del Derecho Constitucional europeo.

De entrada es diferente, de *facto* y de *jure* si existe. No es disciplina del Derecho Constitucional latinoamericano como doctrina, tampoco existe en Europa un Derecho Constitucional europeo.

Si nos adentramos en el análisis nos encontramos con la problemática de convergencia de elementos diferentes, en las leyes de construcción de los estados latinoamericanos existen elementos comunes, es por eso que se puede hablar de un derecho Latinoamericano de facto y de jure.

¿Cuáles son los elementos de ese derecho constitucional latinoamericano?

a) La historia de la revolución de independencia;

b) La historia de Europa que influye a la hora de elaboración de las constituciones latinoamericanas;

c) El constitucionalismo de la 2ª postguerra, desde 1945, el cual con Europa dividida se ve en la necesidad de establecer reglas en común para asegurar la paz, así nacen las constituciones, la de Alemania de 1947, la de Italia de 1947, la de Francia de 1958.

Los países de más influencia en Latinoamérica –España y Portugal– en su momento eran dos islas apartadas de Europa después de la postguerra, impera el Estado de Derecho, la división de poderes, la vigencia de los Derechos Fundamentales, el reconocimiento de la soberanía popular (frente a la soberanía parlamentaria del siglo XIX) después se reconoce el Estado Social. La influencia del cristianismo, la solidaridad, el bien común, suponen un peso que tiene el Estado para que sea un Estado donde se participa directamente, el Estado ya no es actor pasivo, tiene que intervenir para conseguir el bien común, la solidaridad y lo social pasan al Estado; todo ello influye en las constituciones latinoamericanas. En menor medida es notable el constitucionalismo africano y el de los países descolonizados.

Ciclos. Basados en la experiencia de la 1ª y la 2ª postguerra

1. **Movimiento de independencia. Hasta 1850.**

No como compartimentos cerrados y estancos.

a) Surgen las primeras constituciones (escritas);

b) A nivel político se afirman las identidades nacionales. Nace el Estado Nacional. No se puede hablar de un Estado de Derecho, sino de tentativas;

c) Predominio del Ejecutivo, sin tanta división de poderes;

d) Se presenta un divorcio de los principios constitucionales (en constituciones tales como la de Uruguay de 1830 y la de Chile de 1833) y la realidad vital;

e) Son constituciones semánticas. No se da una comunicación entre la realidad y lo que establece la Constitución, se trata de un deber ser.

Modelos seguidos en Latinoamérica

1. El modelo de la Constitución de USA.

2. El modelo francés posterior a la Revolución Francesa, en especial la de 1821.

3. El referente español plasmado en la Constitución de Cádiz de 1812.

Se declaran la libertad de pensamientos y la libertad de cultos. La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano incide en todo el problema de separación con la realidad. Son declaraciones programáticas, sin sistemas que garanticen las libertades.

Se hacen declaraciones de derechos liberales con garantías como elemento común en la mayoría de constituciones, se establecen estados unitarios o Federales. Se adopta el sistema de Gobierno o Estado en forma de República –excepto Brasil y México– el Estado Republicano aparece y continúa en el resto de los ciclos constitucionales, en imitación del Presidente de la República al Monarca, así se funciona, y la idea del caudillaje se prolonga en los ciclos constitucionales.

La reacción al caudillaje se da a finales del siglo XX.

¿Es un Estado democrático? No, las constituciones hacen alusión sólo al elemento representativo, lo democrático significaba caos

demagógico, eran estados netamente representativos que huían del calificativo democrático.

El principio de separación de poderes es borroso, se da gran supremacía del Poder Ejecutivo, se habla igualmente de la ciudadanía común latinoamericana, dando así origen a supuestos de configuración de Estado. Se aboga por un sistema Presidencial de clara influencia de Norteamérica. Aparece la elección del Presidente de la República por parte del Congreso, el Parlamento es de tipo Bicameral –lógico en estados federados– pero se da así en estados unitarios. Constitucionalmente no aparece la denominación de Partidos Políticos.

La Democracia –aunque no puede vivir sin los Partidos Políticos– han muerto, algunos por culpa de ellos: Uruguay 1830, Chile 1833.

Período 1850-1870

Se da un proceso de continuidad del ciclo anterior.

a) Se da una consolidación del Estado Nacional;

b) Se consolidan los derechos y libertades, dotándose de garantías;

c) El Estado se da ahora en áurea de laicización: Constitución Argentina de 1853 y México de 1857;

d) Se da gran consolidación del predominio del Poder Ejecutivo;

e) El elemento novedoso en el Estado Nacional es concepto de **Soberanía Nacional** que nace del entendimiento del proceso codificador;

f) Se da gran vigencia del derecho privado, el derecho civil y el derecho penal. Los estados latinoamericanos empiezan a legislar en dichas materias, conformando una autoridad legislativa, no se siguen las reglas de países como España y Portugal sino que elaboran sus normas de convivencia en lo civil, en lo penal, etc.;

g) Igualmente se presenta un reconocimiento de derecho de las Repúblicas latinoamericanas sobre la base de un reconocimiento internacional poniéndose fin así a las intervenciones europeas –Venezuela, la doctrina Drago, la intervención de España para cobro de la deuda–;

h) Nace una identidad latinoamericana, se toma conciencia de continente con características propias, esta autoridad se ve mermada por las guerras y conflictos territoriales;

i) Nace la institución del arbitraje como solución de los conflictos latinoamericanos.

Período de 1870 a 1930

1. Se da un constitucionalismo influido por las constituciones de la 1ª postguerra constituciones de esa época fueron la de Colombia de 1886, la de Brasil de 1891, la de Cuba de 1901; la de México de 1917.

2. La Constitución de México de 1917 es la 1ª Constitución que nos habla del principio social –en Europa por primera vez fue en la Constitución de Weimar– se trata de un concepto constitucional y de Estado Social, en algunas se establecía el supuesto de prohibición de reelección de los titulares del Poder Ejecutivo, se habla de Recurso de Amparo.

3. A nivel general, en todas estas constituciones se habla de un Gobierno Democrático, Republicano, nace así el concepto democrático.

Período de 1930, 1940, 1950

1. Se da el derecho al sufragio tanto activo como pasivo: indicios en la Constitución de Paraguay de 1918 y 1934. En Cuba y Argentina se empieza a hablar de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. La Constitución de Uruguay de 1934 prevé por la vez constitucionalmente a los Partidos Políticos, aparecen previstas formas para controlar constitucionalmente las leyes, se dan atisbos de Justicia constitucional –no se trata de Tribunales constitucionales– para garantizar los derechos.

Se comienza a formalizar la manera de controlar constitucionalmente al poder, aparece un concepto para ajustar la ley a la Constitución en sentido negativo, no formalizado a través de instituciones y luego sí convertido en un Tribunal de Control Constitucional.

En la Constitución de Uruguay se dio a la mujer el derecho de sufragio activo y pasivo, el Estado se vuelve protector de las garantías sociales –Constitución de México de 1917– se convierte así en Estado Social.

A nivel de Poder Ejecutivo se refleja la dicotomía en la titularidad del mismo, aparece un Primer Ministro como simple enunciado, sin tener la autonomía del Presidente de la República, como coordinador de la acción gubernamental.

A partir de 1950 se inicia un nuevo ciclo constitucional

a) Es clara la influencia del comunismo, después de la postguerra se presenta la guerra fría, se dan las luchas de bloques, y en algunas Repúblicas Latinoamericanas se instala el ideario comunista, caso de Nicaragua, Cuba, Guatemala;

b) A partir de los 50 y de los 80 se tienen en cuenta las normas constitucionales, se da un nuevo tipo de capitalismo de los países descolonizados, y se asume el principio de la libre determinación de los pueblos;

c) Aparece un concepto más matizado de soberanía con la limitación del Derecho Internacional, en las constituciones se asumen los principios internacionales relativos a los Derechos Humanos: Pacto de NU, la Convención Americana de Derechos;

d) La firma de la Carta de la OEA en 1948 es de gran influencia, empieza a funcionar así un nuevo concepto de Democracia Solidaria, en Latinoamérica se asume así las cláusulas democráticas como exigencia, como elemento común que aúna la vida política y constitucional de Latinoamérica.

A partir de 1980 hasta la actualidad

Las Constituciones de Latinoamérica por el constitucionalismo español y el –lusitano Constitución de 1976–. Estas constituciones son las últimas dictadas dentro del ámbito europeo occidental, con catálogos que recogen muchos derechos –derechos económicos principalmente– y la asunción de un nuevo concepto de Constitución (política y económica). La Constitución Económica se integra por normas de carácter económico que posibilitan la intervención del Estado en la economía, asumen el postulado de Estado Social, caen los regímenes totalitarios, aparecen constituciones con sentido de Estado Democrático, se prevé el concepto general de Justicia Constitucional, se institucionalizan órganos que interpretan la Constitución y garantizan la constitucionalidad de las leyes.

Son Tribunales creados *ex novo*, en la Constitución de Costa Rica se prevé una sala constitucional cuya función es controlar la legislación y los principios constitucionales para que no sean vulnerados.

Se da un paso en todo sentido a un Estado democrático en una amplia concepción del pluralismo: diversidad, respeto, tolerancia, Estado Democrático es más que existencia de Partidos Políticos, es religioso, es cultural, es etnia, es garantía de unos derechos de unos indígenas, es obligación del Estado de respetar la diversidad (Constitución de Perú de 1990).

A pesar de la separación de poderes es preeminente el Poder Ejecutivo, ello dificulta el control de sus titulares, se asumen ciertos mecanismos típicos del Parlamentarismo como mecanismos de control político, se da una tensión entre **ser y realidad, y deber ser - Constitución.**

Las Constituciones nacen como sistemas para garantizar la libertad e igualdad de los ciudadanos frente al poder, por ello nacen como límites al poder; se asume que las Constituciones deben ser el paso para legitimar democráticamente el poder[1].

Hoy las constituciones no tienen el sentido semántico dado por Karl Loewenstein, son constituciones nominales.

---

[1] Hay que tener en cuenta que sólo del 5 al 7% de las normas las puede hacer cumplir coactivamente el ejecutivo.

Las constituciones dan gran avance en la consolidación de la Justicia Constitucional, ello como consecuencia del entendimiento de la Constitución no como simple hoja de papel –Ferdinand Lasalle– sino como texto jurídico, de cumplimiento por los Poderes Públicos, el comportamiento contrario a la Constitución es antijurídico. Las constituciones establecen a través de la razón una racionalización del Estado, el Estado es producto del pueblo.[2]

Estado constitucional. Constitución como norma (Ley Fundamental)

¿Es la Constitución una norma? ¿Tiene el Derecho Constitucional carácter jurídico? Caso contrario es dudar de su capacidad normativa –nunca se ha dudado en nuestro derecho de la misma capacidad en el Código Civil– esa duda tiene su razón de ser en que en manos del capitalismo liberal la concepción de la Constitución era la de un texto político, era un pacto político que sólo reflejaba cuestiones políticas.

En Europa se busca a través de la Constitución de garantizar la libertad, ante su pasado monárquico (de soberanía absoluta, de concentración de los tres poderes), ello provoca en los ciudadanos la dificultad de garantizar su libertad ante un soberano enviado de Dios en la tierra con libertad para hacer y deshacer.

Se da así la construcción de una Constitución escrita que debería asegurar los Derechos Fundamentales –artículo 16 Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano– y recoger el principio de separación de poderes organizando éstos racional e independientemente, en equilibrio y todos a un mismo nivel (nace así la parte orgánica de la Constitución); en ciudadano en la parte dogmática asegura su libertad, con esos dos mecanismos se limita el poder del Estado.

No se plantea en el siglo XIX si la Constitución debe asegurar jurídicamente la libertad; o sea, si la Constitución tiene fuerza jurídica y normativa, la Constitución como norma es vista desde un comienzo en Estados Unidos de América, al darse la Constitución de 1787, en USA no se tenía el problema de limitar a un poder absoluto de un soberano, por lo tanto la Constitución no podía ser un simple deseo. Para la Constitución de USA la propiedad y la libertad son funciones.

La Constitución es hecha por propietarios para asegurar la libertad. La propiedad es presupuesto de la libertad. No sólo son normas jurídicas, sino que lo son supremas, el comportamiento contrario a la Constitución es antijurídico, se estableció así como consecuencia el control constitucional y, que las funciones legislativas se adecuen a una norma superior a través de la utilización del derecho. Sólo hasta después de la postguerra la Constitución se entendió así en Europa, así, la Constitución de Alemania se denomina Ley Fundamental de Bonn –es fundamental y es rígida– o la C.P.C de 1991, el artículo 133 de la Constitución de México.

Presidencialismo

Existen características diferenciales entre los modelos Presidencial y Presidencialista, su fondo es el elemento cultural, para **haberle,** la Constitución siempre está incardinada en un contexto, en una cultura determinada, el contexto de personalizar el poder es típico de Latinoamérica.

Régimen presidencial

1. Su diferencia es la relación entre legislativo y Ejecutivo.

2. La relación fiduciaria de confianza no existe.

3. Son regímenes de legitimación democrática directa, tanto en el parlamentario como en el Presidencial.

4. En régimen Presidencial el Parlamento tiene poderes más fuertes. En el régimen Presidencialista no tanto (estados latinoamericanos).

5. En sistema parlamentario se presenta una atribución de funciones no previstas en régimen Presidencial. Igual que una atribución de competencias legislativas al Presidente de la República.

6. En sistema parlamentario el Primer Ministro forma parte del Parlamento, en régimen Presidencial no se entiende la intervención del Presidente.

7. El Presidente en régimen Presidencial tiene iniciativa legislativa tiene la oportunidad de encauzar las operaciones legislativas.

8. La iniciativa legislativa del Presidente de la República encauza la vida política del país. Los principales asuntos del Estado en Latinoamérica se deciden por ley, se encauzan los objetivos de la Presidencia por la vía parlamentaria. El Parlamento suele tener muchas veces la mayoría legislativa al igual que el bipartidismo, lo cual muchas veces inclina la balanza a favor del Presidente. El Presidente en sistema Presidencial no es jefe de la mayoría política en el Parlamento.

9. Falta un ejercicio de oposición política verdadera, los miembros del Partido de oposición participan en el Gobierno en sistema Presidencial.

10. En este sistema el Presidente tiene la posibilidad de convocar al Parlamento a las legislaturas ordinarias.

11. El Presidente tiene la posibilidad de declarar la urgencia de algunos proyectos de ley. Ello limita el debate democrático.

12. El Presidente puede intervenir a través de sus Ministros en los debates parlamentarios, forma parte y en la mayoría de veces encauza el debate legislativo.

13. El Presidente tiene la posibilidad de plantear objeciones, en razón de oportunidad –Venezuela 1811 y Colombia 1821, oposición por razones de oportunidad política– y de constitucionalidad, en ese sentido es intérprete de primera mano de la Constitución, es control previo al Tribunal Constitucional.

Además tiene tres potestades más:

a) Tiene la posibilidad de expedir normas con fuerza de ley;

b) A través de ley de delegación o habilitante también puede expedir normas con fuerza de ley. Es función que se presenta en todo el mundo como la Francia de los años 40's;

c) El objeto de perversión es la expedición de normas con fuerza de ley en estados de excepción.

Sistema de protección de los Derechos Humanos

Categoría libertades públicas, no son oponibles frente al legislador, los cuales están sometidos al principio de legalidad, garantizadas mediante la ley.

Concepto Derechos Fundamentales. Según la doctrina alemana garantizan ámbitos de libertad a los ciudadanos oponibles a todos los Poderes Públicos, incluso al Estado, se aplican a las relaciones entre particulares y median en las relaciones entre particulares. Para Rawls son las libertades básicas; para Habermas no son Derechos Fundamentales en sentido técnico de oponibles, sino como esferas de libertad, anteriores al Estado.

Nexos Entre Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional: Los Derechos Fundamentales son fundamentales, oponibles, frente al legislador, por existir manera que el legislador no transgreda los Derechos Fundamentales.

Principio Constitucional: Concepto supremacía. Constitución igual norma.

El problema más grande es cómo se consagran y cómo se interpretan los Derechos Fundamentales en las constituciones. Las constituciones consagran catálogos de Derechos Fundamentales, ¿Cómo se deben interpretar los Derechos Fundamentales?

En Latinoamérica se está aceptando el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, con constituciones que contienen valores, principios que se aplican no sólo en el ámbito del Derecho Constitucional sino a través de todo el derecho. En la función del derecho

[2] El problema del derecho constitucional latinoamericano es que la comparación entre Estados es imposible.

de Europa –doctrina italiana Giovanni Tarello– hay una diferencia entre disposición y norma, el término norma es aceptado ambiguamente con acepciones distintas; para Kelsen, es un sentido más técnico, igual para Bobbio, la norma es una proposición prescriptiva, de *deber ser*, las cuales tienen un componente esencial llamado *operador deóntico*; en cuanto a la llamada **disposición**, se puede decir que las fuentes del derecho utilizan enunciados escritos, sin lenguaje prescriptivo, el cual tiene que construir el interprete al pasar del texto a la norma. La **disposición** son los textos enunciados que aparecen independientes.

Las normas son la interpretación de la disposición.

Proceso de interpretación constitucional en sentido estricto:

En USA se usan indistintamente en forma ambivalente interpretación y aplicación, la doctrina analista europea ha acuñado la interpretación para el paso de la disposición a la norma.

Derechos fundamentales:

La noción de Derechos Fundamentales es de componente *iusnaturalista*, Kant y Locke así lo entendieron, el hombre está en una sociedad pre-estatal, con esferas ilimitadas de libertad, donde prevalece la ley del más fuerte, el hombre –al pasar a la sociedad civil– limita sus libertades. Rousseau hace énfasis en que al aunarse las voluntades, y hacerse la ley, sólo entonces seremos libres.[3]

Las cláusulas de Derechos Fundamentales son abiertas para que el juez constitucional pueda reconocer en el futuro nuevos derechos sin tener que reformar la Constitución. Tiene una fase negativa reconocida por John Rawis, dice que las constituciones que consagran muchos derechos, reducen la garantía efectiva, lo cual genera menor protección jurídica.[4] Para Carl Schmitt se trata de compromisos apócrifos.

¿Cómo se pasa de las disposiciones a las normas?

En primer lugar han de mirarse las disposiciones relevantes, y ver si un acto del Poder Público o un acto de un particular es constitucional o no, la ley –en apariencia– puede parecer contraria a un derecho fundamental, aunque sólo sea un indicio. El juez integra la constelación de normas constitucionales.

LEY → DISPOSICION CONSTITUCIONAL → JUEZ

Respaldo Derecho fundamental o bien constitucional

Mira el límite o la restricción

Artículo 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Ante colisión de derechos, se da la teoría del núcleo esencial o **contenido esencial.** Es una metáfora importada de la biología, donde los derechos son esferas de libertad.

De la biología especie de melocotón y pepa[5]. Hay que mirar si el bien justifica la ley. Es defendida igualmente por John Rawls. Se trata de una teoría intucionista –sobre lo esencial no hay acuerdo–. Según el TCE, sentencia 11/87, es aquello sin lo cual el derecho no es derecho, todos son círculos viciosos o tautológicos.

Cuando dos derechos colisionan, se debe tener en cuenta el **principio de proporcionalidad,** para Robert Alexy en su "Teoría de los Derechos Fundamentales", es la manera de solucionar las colisiones entre derechos, en caso colisión no hay prevalencia absoluta. En caso colisión derecho al honor o derecho a la intimidad y derecho a la información, detrás de este último está el periodista o la sociedad ¿cuál prima? Hay que establecer una relación de precedencia condicionada y, establecer:

Si el bien es idóneo.

2. Si quien hace la restricción, habiendo tenido una medida restrictiva más el derecho (principio de necesidad).

3. Principio de necesidad en sentido estricto o ponderación.

Tribunales constitucionales:

La pregunta obligada es el por qué la extensión de estos Tribunales Constitucionales. Se trata de un fenómeno expansivo y mundial, generado en la confianza y expectativa de los países. Son Tribunales que sin un mínimo de Democracia no es posible su funcionamiento, los países deben encontrar su mínimo democrático.

Mauro Capelletti, en la redacción del manifiesto de Sochagota de 1976 se refiere a la creación de Tribunales Constitucionales en América Latina, propone una sala de Justicia en el Tribunal Supremo –ello basado en el prestigio de la Corte Suprema de USA–, en la cultura jurídica de Colombia se introduce en 1905. Para este constitucionalista italiano el Tribunal Constitucional es el fenómeno más importante ocurrido en el campo del derecho, se trata para él de la nueva jurisdicción del derecho natural, acuño la expresión como el Derecho Constitucional de la Libertad, a través de un tipo de recurso previsto en los ordenamientos alemán y suizo.

---

3 Los catálogos de: Derechos Fundamentales tienen reforma constitucional agravada. La Constitución del Paraguay tiene un catálogo inconmensurable de derechos.

4 Obra "El Liberalismo Político".

5 Según Rubio Llorente.

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2000