

(>)

**FILOSOFÍA POLÍTICA,
HERMENÉUTICA Y
FENOMENOLOGÍA**



**FIORAVANTI VISITA
COLOMBIA: SOBRE
LA APLICACIÓN DE
LOS MODELOS DE
CARTAS DE DERECHOS
CONSTITUCIONALES**

Andrés Botero Bernal



DOI: <http://dx.doi.org/10.18273/revfil.v14n2-2015001>

FIORAVANTI VISITA COLOMBIA: SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MODELOS DE CARTAS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES*

Resumen: En este artículo se hace una lectura analítica y crítica del texto *“Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali”* del reconocido historiador del derecho italiano Maurizio Fioravanti, con el fin de ampliar sus afirmaciones en torno al constitucionalismo occidental y la teoría política. Igualmente, se plantea si el modelo de lectura de las cartas de derechos propuesta por Fioravanti es aplicable al caso colombiano, para lo cual el artículo se remite a la experiencia constitucional de 1811-1815 y a la Constitución de 1991.

Palabras clave: Historicismo, estatismo, individualismo, Fioravanti, Cartas de Derechos, Colombia.

FIORAVANTI VISITS COLOMBIA: ON THE APPLICATION OF MODELS OF BILLS OF RIGHTS

Abstract: This paper offers an analytical and critical reading of the text *“Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali”* written by the renowned historian of law italian Maurizio Fioravanti, in order to expand his assertions about the Western constitutionalism and political theory. Similarly, in this paper I consider whether or not the model of reading about the Bills of Rights given by Fioravanti is applicable to Colombia; to achieve this goal, the paper refers to the constitutional experience of 1811-1815 and the Constitution of 1991.

Keywords: Historicism, statism, individualism, Fioravanti, Bill of Rights, Colombia

Fecha de recepción: abril 13 de 2015

Fecha de aceptación: agosto 6 de 2015

Forma de citar: Botero, A. (2015). “Fioravanti visita Colombia: sobre la aplicación de los modelos de cartas de derechos constitucionales”. *Revista Filosofía UIS*. 15 (2). pp. 15-46.

Andrés Botero Bernal: colombiano. Profesor de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, Doctor en Historia del Derecho por parte de la Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico: botero39@gmail.com

*Artículo de reflexión

FIORAVANTI VISITA COLOMBIA: SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS MODELOS DE CARTAS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES¹

1. Introducción

No es fácil encontrar textos donde se den cita el rigor iushistórico y la claridad lingüística. Justo por ello, he trabajado con mis estudiantes —desde hace años y con muy buenos resultados— un texto que se ha convertido, poco a poco y por sobrados méritos, en un *nuevo* clásico de la iushistoria hecha al mejor sabor del *stile fiorentino* (Grossi, 1986), el cual gira en torno a dos grandes estrellas: el *capo della scuola* Grossi, de un lado, y la revista *Quaderni Fiorentini*, del otro².

¹ Este texto se inscribe en el proyecto de investigación “Análisis de la propuesta de Jurgen Habermas acerca del rol de la religión en la esfera pública. Tres casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia” financiado por la Universidad Industrial de Santander (Colombia), proyecto en ejecución que se inició a partir del 2013 y cuyo investigador principal es el profesor. Dr. Javier Aguirre.

² “Además, los *Quaderni* son *florentinos*, es decir, no son italianos. Según enseñanzas de Grossi, lo *florentino* es ante todo un *stile* y un coherente grupo de investigadores; una condición local que se hace posibilidad universal – a la manera en que son universales los palacios locales de Florencia. Desde esta perspectiva, los *Quaderni fiorentini*, que han renunciado a ser ‘revista de historia del derecho’, menos aún quisieran convertirse en una revista de historia del derecho *italiano*. Y así se explica, en fin, una ‘marca de fábrica’ de nuestra publicación, consistente en su capacidad para convocar a los especialistas de cualquier punto del Globo: no sólo los juristas e historiadores europeos –de Rusia a Francia, de Escandinavia a Sicilia– y las lenguas de las grandes tradiciones científicas; no sólo la consideración de problemas y argumentos de cualquiera de entre tales tradiciones. Por no ser italianos, los *Quaderni* cuentan también con Asia y América, resultando en nuestros días un periódico que, si producido en Florencia, sin embargo goza de una difusión internacional”. Traducción del italiano (Petit, 2012, p. 748).

Me refiero al buen texto *“Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali”*, que ya va en una 3ª edición en italiano³ y de cuya 2ª edición salió una buena traducción al español de Manuel Martínez (Fioravanti, 1998), versión a la que me atenderé de ahora en adelante en las citas que haga de la obra de Fioravanti.

Las bondades del referido texto son muchas, pero a partir de mi experiencia docente usando este documento puedo decir que la principal es que da cuenta de tres frentes simultáneos, relevantes para tres áreas concretas del discurso jurídico. El primero, relacionado con la iushistoria, tiene que ver con el buen retrato que hace del contexto histórico-jurídico desde el Bajo Medio Evo hasta el siglo XIX o siglo liberal. El segundo, relacionado con el derecho constitucional, es que diferencia con claridad tres modelos o tipos-ideales de comprensión de las cartas de derechos modernas. El tercero, relacionado con la filosofía del derecho, es que contextualiza las ideas jurídicas circulantes en los períodos ya mencionados, dejando en claro la influencia de los grandes filósofos en los discursos jurídico-políticos del momento.

No obstante, haciendo una simulación de aplicación de los modelos planteados al caso colombiano es que me surgen varias reflexiones que considero deben ser debatidas para, de esta forma, obtener más provecho de esta gran lectura.

Pero para poder llegar a ese punto es necesario hacer un pequeño recuento de lo dicho por Fioravanti, de manera tal que el lector no familiarizado con la obra del autor florentino pueda entender el acápito crítico que deseo plantear. Esto significa, además, que si un lector ya conoce bien este texto, bien puede pasar directamente al capítulo previo a las conclusiones.

Finalmente, quisiera agregar que este trabajo es un trabajo de reflexión derivado de mis investigaciones documentales en el campo de la historia y la filosofía del derecho que alimentará los resultados finales de un proyecto en ejecución⁴, constituyéndose en un ensayo analítico-crítico dirigido, especialmente, a estudiantes y profesores para que, de esta manera, puedan sacar un mejor provecho de la lectura de Fioravanti, fundamental para la cabal comprensión del fenómeno constitucional en Occidente.

³ En el 2014 ha salido la tercera edición italiana que, entre otras cosas, añade un nuevo capítulo referido al siglo XX.

⁴ Proyecto “Análisis de la propuesta de Jurgen Habermas acerca del rol de la religión en la esfera pública. Tres casos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia” financiado por la Universidad Industrial de Santander (Colombia).

2. Exposición personal y contrastada de la obra en cuestión de Fioravanti

En este ítem señalaré, a mi modo de ver, los aspectos más relevantes de la obra en cuestión, complementando sus afirmaciones con bibliografía adicional y comentarios personales, para mayor claridad del lector. Empecemos.

Fioravanti inicia su texto con dos sabias aclaraciones: el derecho público debe ser entendido como un producto de la historia, lo que exige del jurista un rastreo historiográfico de su propia disciplina (Fioravanti, 1998, p. 21), a la par que el discurso jurídico debe asumir su campo de investigación frente a las cartas de derechos sin miedo a caer en el campo de la filosofía, lo cual se logra aclarando que *la libertad*, en sí, es algo que ocupa al filósofo mientras que *las libertades*, como derechos, son tema del jurista (Fioravanti, 1998, p. 23). A partir de esto reclama la necesidad de reflexionar históricamente las libertades, pero no como valores universales, sino desde su entorno de aplicación, algo que denomina como “cultura de los derechos”, de un lado, y “cultura de la sistematización de los derechos” (Fioravanti, 1998, p. 23-24), del otro, aspectos que, agregó, no pueden confundirse, de manera tal que la realización efectiva de los derechos en una cultura, si bien está generalmente relacionada con la exigencia de sistematización de los mismos, no son mutuamente necesarias.

A renglón seguido expone que hay tres tipos-ideales⁵ o modelos de la historia de las cartas (constitucionales) de los derechos: el historicismo, el individualismo y el estatalismo. El historicismo, *grosso modo*, fue el modelo predominante en el Antiguo Régimen y no puede entenderse por fuera del iusnaturalismo (especialmente escolástico) y del *ius commune*, aunque este modelo logró sobrevivir, *mutatis mutandis*, a los tiempos modernos en el sistema jurídico anglo-sajón.

En el historicismo el fundamento de los derechos está anclado en la interpretación (y actualización) judicial de costumbres y textos antiguos que se han convertido en hitos del sistema jurídico, todo lo cual suele ser llamado, sencillamente, como *constitución histórica*. Claro está que el historicismo no fue ajeno a los cambios culturales y políticos medievales y modernos. Fue bien diferente la concepción legitimadora del derecho en la Alta Edad Media (más teocéntrica), que en la Baja Edad Media (más iuscéntrica) (al respecto, sugiero García Pelayo, 1968). Por ejemplo, en la Baja Edad Media y en los inicios de la

⁵ “[E]s decir, construcciones conceptuales captadas a partir de la experiencia histórica concreta, una o varias, luego abstraídas y formalizadas, para, de nuevo, ser vueltas a aplicar a realidades plurales, procurando hacer encajar modelo y elemento modelado con el objetivo de que el tipo cobre vida y sentido, o bien de mostrar la ortodoxia o la heterodoxia del supuesto examinado” (Martínez, 2015, p. 55).

Era Moderna, bajo el historicismo, empezó a perfilarse (sin conseguirse hasta el siglo XIX) una mayor concentración del poder político y, por ende, del derecho, lo cual se logró, generalizando, a partir de la escolástica (con su depuración de la concepción del derecho natural y su distinción con el derecho divino y eterno), del resurgimiento del derecho romano en Italia que dio lugar al *ius commune*, la concentración del poder dentro del gobierno civil (en las monarquías) y dentro de la Iglesia (en el obispo de Roma), la progresiva aparición de lo que la teoría política denomina como los “Estado-nación” y el paso lento pero seguro de un iusnaturalismo teológico a uno más racionalista. Fueron justo autores ya declaradamente racionalistas los que empezaron a cuestionar el modelo historicista dominante para plantear la necesidad de reubicar el derecho ya no en torno a disposiciones morales heredadas que reflejaban el *orden objetivo del mundo*, sino en torno al *sujeto* cartesiano que se desligaba del mundo extenso para luego dominarlo (asunto clarísimo en Heidegger, 1998, pp. 63-90).

Es aquí donde, gracias a Fioravanti, podemos rechazar dos interpretaciones extremistas, tanto la que niega la existencia de derecho en el Antiguo Régimen por no contar con un Estado en sentido estricto, como la que habla de Estado en pleno Medioevo. En primer lugar, Fioravanti aclara que en el Medioevo encontramos derecho, pero éste no era moderno en la medida que no había un tercero neutral (Estado) que verificara el cumplimiento del “pacto de dominación” entre el súbdito y el príncipe (Fioravanti, 1998, p. 27)⁶. Ahora, justo por reconocer la existencia de derecho sin Estado, un derecho sin soberanía pero sí con “autonomía”⁷, es que Fioravanti critica, por anacrónicas, aquellas posturas constitucionalistas que han hablado de Estado en plena época medieval e, incluso, aquellas que han querido ver “constitución” (en un sentido moderno) en los múltiples “pactos

⁶ Esta idea de un derecho sin Estado, está aún más clara en (Grossi, 2004, pp. 15-33).

⁷ “De lo que surge una disyunción, casi una lógica oposición entre autonomía y soberanía. Esta última aparta a su titular —bien sea éste un individuo o un ente— provocando su total aislamiento; se trata de una posición que prescinde de cualquier contribución proveniente del exterior, intensificando al máximo la separación del soberano de todo el resto: la soberanía es un cemento que encierra al sujeto en una envoltura de singular compactibilidad e inatacabilidad, transformándolo en un universo aislado” Y sigue Grossi: “Autonomía, por el contrario, es una típica posición de relación; si bien podemos decir que un sujeto es soberano, no basta decir que un sujeto es autónomo, sino que habrá que añadir y precisar de quién y hacia quién se es autónomo. Autonomía conlleva siempre una relación, en relación con: como independencia relativa, no puede dejar de considerar un sujeto si no es en estrecha relación con otros, un sujeto que como consecuencia de este vínculo limita la esfera individual de otros individuos, o bien se ve limitado por éstos. La relatividad y la elasticidad son las características esenciales de la autonomía, así como lo absoluto lo es para la soberanía (...) La constitución medieval no se encuentra articulada en un archipiélago de soberanías, sino en un tejido de autonomías. Existe una única soberanía, formidable en lo absoluto, pero que cae como la lluvia desde lo alto sobre ésta, y que se trata de la soberanía divina. Por debajo, el mundo jurídico medieval es y se mantiene como un mundo de autonomías” (Grossi, 2004, pp. 31-32).

de subordinación” de la época. Para él, el pactismo (como la Carta de *Assise di Ariano* en Sicilia, las Cortes de León, el pactismo de Aragón (VV.AA., 1980), la Carta Magna inglesa, entre muchos otros) no eran más que *ius involuntarium* y no *constitución*, por varios motivos: i) no había un “pueblo” o “nación” soberanos que se manifestaran como voluntad constituyente necesarios para hablar de *constitución*; ii) no había intención alguna de determinar la “ley del territorio” en tanto la idea de homogenizar el derecho en cuanto las personas y el espacio, chocaba con el pluralismo jurídico estamental dominante; iii) no había voluntad de establecer, fruto del pacto, un sujeto político nuevo que regulase el territorio de manera homogénea y que pudiera emitir normas impersonales y abstractas (*igualdad formal*) a los súbditos (Fioravanti, 1998, pp. 29-30). No obstante, podría debatirse con el autor italiano si el pactismo no constituye un *antecedente* del constitucionalismo, pero esto supone un debate por el significado y los alcances de esta palabra.

Siguiendo su exposición sobre el historicismo, Fioravanti plantea la necesidad de diferenciar las *libertades negativas* (o civiles) de las *positivas* (o políticas), aunque señala que dependiendo del modelo se puede presentar una dependencia de una sobre la otra. Así, por ejemplo, en el modelo historicista inglés, las libertades positivas son accesorias a las negativas, esto es, que las libertades políticas se entienden como consecuencia de la garantía a las libertades civiles, lo que va, además, de la mano de una visión corporativista de los derechos en el Medioevo, que suponía la existencia de un *orden natural de las cosas*⁸.

Pero esto nos lleva a una paradoja: hay una prohibición general de querer algo diferente al *orden natural de las cosas*, sin embargo se parte muchas veces de *pactos de subordinación* que implicaron cambios jurídico-políticos en el pasado (Fioravanti, 1998, p. 30-31). Una salida típica en la época para evitar esta paradoja (de prohibir libertades positivas que cambiaran el *orden* pero partir de pactos que marcaron cambios respecto al pasado) consistió en señalar que el pactismo no impuso situaciones *ex novo* sino que pretendió recuperar viejas tradiciones o privilegios que amenazaban con olvidarse al momento de imponerse.

⁸ “Es posible entonces llegar a una conclusión, relativa al modelo historicista en general y, más en particular, al constitucionalismo inglés. Característica principal de uno y de otro es el lugar absolutamente privilegiado que en él ocupan las libertades civiles, las «negativas», patrimoniales y personales, es decir, la libertad como seguridad. Esto no significa que en tal contexto no se desarrollen también las libertades políticas, las, «positivas»: no se debe olvidar nunca que Inglaterra desarrolla una práctica electiva parlamentaria mucho antes que ningún otro país europeo. Sin embargo, es indudable que las libertades políticas son en este modelo accesorias respecto de las civiles: la participación en la formación de la ley está en función del control, del equilibrio de las fuerzas, de la tutela de los derechos adquiridos” (Fioravanti, 1998, pp. 34-35).

Ahora bien, ese *orden natural de las cosas* que se oculta en la historia, debía ser desocultado por el juez, de manera tal que han sido éstos los que construyeron el derecho común inglés como un núcleo intocable a otros poderes, pero no entendido como un acto de voluntad de la judicatura, sino como un complejo acto interpretativo de develamiento de aquello que, inicialmente, se presentaba como escondido (Fioravanti, 1998, pp. 32-34)⁹. Esto se articula plenamente con el concepto de “Estado jurisdiccional” que consiste en aceptar que la gobernanza en el Antiguo Régimen estaba más del lado de la administración de justicia en casos concretos que de la creación normativa general e impersonal (al respecto Grossi, 1995; Costa, 1969; Vallejo, 1992; Hespanha, 2005), aunque no hay que olvidar que con el absolutismo de los siglos XVII y XVIII los príncipes se encaminaron, pero sólo se logró con los Estados decimonónicos, a una concepción legisladora del derecho (Martínez, 2010, pp. 303-356; García Pelayo, 1968, pp. 127-134).

Es en este contexto que podemos preguntar por el rol desempeñado por Locke, quien ha sido reclamado por los ilustrados como un padre de la modernidad jurídica e, incluso, como un crítico del historicismo. En cambio Fioravanti sostiene que Locke bien puede ser interpretado como un autor historicista puesto que, ante las pretensiones monárquicas de su época (de Carlos I y Jacobo II) en contra del Parlamento, fue un defensor de la legalidad histórica violentada más que un precursor de un sistema jurídico-político nuevo (Fioravanti, 1998, p. 34).

Siguiendo con el historicismo, éste se transformó al fragor de las nuevas épocas para continuar en durante el siglo liberal (XIX) en Inglaterra. A fin de cuentas, el modelo jurídico anglosajón no hizo ruptura con el historicismo del Antiguo Régimen, como sí lo hicieron otras tradiciones constitucionales que privilegiaron la ley escrita, esto es, el derecho legislado:

La concepción inglesa de la ley, como ya lo hemos visto, reposa sobre un sentimiento o un prejuicio, que se explica por la Historia: El *Common Law* está considerada en Inglaterra como el baluarte de las libertades inglesas, mientras que la ley escrita, por las posibles arbitrariedades que puede llevar consigo, viene a ser fácilmente el arma de la tiranía. Por esta razón la ley está considerada en Inglaterra como una disposición excepcional que se interpreta restringidamente (David, 1953, p. 297).

De allí dos efectos constitucionales ingleses en el siglo XIX y que, de alguna manera, perduran hasta nuestros días. El primero que no haya constitución escrita:

⁹ Justo aquí se inscribe la crítica de Bentham-Austin al modelo judicial inglés: los jueces han disfrazado como “desocultamiento” lo que en verdad ha sido su voluntad soberana. El *Common Law*, para estos dos positivistas, ha sido una historia camuflada de la voluntad judicial. Un resumen al respecto, en (Botero, 2014 a, pp. 51-58).

y la verdadera razón por la cual Inglaterra, seguramente la más constitucional de las naciones europeas modernas, ha permanecido también la única cuya constitución no se ha plasmado en un documento formal, no es porque no tenga constitución, como a veces gustan de decir los franceses, sino más bien porque la convicción de la necesidad de limitaciones sobre el gobierno arbitrario está tan firmemente arraigada en la tradición nacional que ningún tipo de amenazas contra dicha convicción se ha considerado lo bastante peligroso para justificar la adopción de un código formal. Desde que las constituciones escritas se pusieron en boga a finales del siglo XVIII, Inglaterra no ha experimentado ninguno de los cambios violentos que aportaron a Francia su abultada serie de constituciones escritas durante el siglo XIX (McIlwain, 1991, p. 31).

El segundo es que se haya considerado el gobierno inglés, en oposición a los otros modelos, como moderado, equilibrado y limitado, por su *Common Law*, enraizado en el poder de los jueces y no en la ley escrita hecha a criterio del gobernante de turno.

Cosa distinta sucedió en la Europa continental, gracias a la Ilustración, la cual consideró que el soberano ya no se ocultaba en la costumbre, sino que era el individuo en *estado de naturaleza*. Veamos. En el historicismo, la soberanía había radicado, fundamentalmente, en manos de la divinidad que se expresaba entre los hombres mediante un derecho natural ratificado por la historia e interpretado por los jueces (Fioravanti, 1998, pp. 25-35; Grossi, 1995; Hespanha, 2005). Ahora, como la divinidad no podía ejercer por su propia cuenta el gobierno de los hombres, asunto que por demás violaría el libre albedrío que se les concedió, el derecho natural, respaldado por la costumbre, terminaría por delegar en el principado y en el Iglesia tal función, lo cual generó continuos roces entre ambos poderes y procesos de continua centralización política dentro de cada uno de estos dos órdenes (desde el Bajo Medioevo se iniciaron procesos de centralización del poder en torno al príncipe y al Papa que los terminaron por cimentar, ya a inicios de la Edad Moderna, como las cabezas visibles del gobierno civil y del eclesiástico respectivamente, García Pelayo, 1968, pp. 97-140). Así las cosas, el mando del príncipe y del Papa siempre se justificó en la teología y en las costumbres, aunque, hay que decirlo, ya en épocas de despotismo ilustrado los príncipes empezaron, poco a poco, a fundar la soberanía en sí mismos.

Fue contra el historicismo que se levantaron diversos movimientos que, en términos generales, dieron lugar al iusnaturalismo racionalista. Encontramos así a los humanistas¹⁰, luego a los racionalistas en sentido estricto (Hespanha, 2005, pp. 293-297) y con posterioridad a los ilustrados (eso sí, no sólo franceses), quienes pretendieron un nuevo fundamento de los derechos y, por ende, un nuevo soberano: el *poder constituyente*. Según la tradición filosófica liberal, para Rousseau

¹⁰ Íntimamente relacionados con el *mos gallicus* o forma especialmente francesa de leer el derecho romano en el siglo XVI (Hespanha, 2005, pp. 255-258).

el soberano sería, inicialmente, el propio individuo en *estado de naturaleza*, dueño de sus derechos, quien, en un acto de integración al pueblo —entendido fundamentalmente como una unión de (la voluntad de los) individuos—, da lugar, mediante un *contrato social*, al Estado. Todo esto nos deja en claro que el poder constituyente fue considerado como previo a la organización política constituida y que el *contrato social*, por ser justo un contrato, partía del reconocimiento recíproco de las partes intervinientes, es decir, de los individuos y del Estado¹¹. De esta manera, Rousseau quedaría como un autor a caballo entre el individualismo y el estatalismo, pero claramente como un anti-historicista (Fioravanti, 1998, p. 43).

El individualismo buscó una fractura de época (con el Antiguo Régimen y con los privilegios estamentales propios del historicismo), para pasar así al principio de *igualdad formal* y sometimiento a una sola ley (Fioravanti, 1998, pp. 35-37). Pero no por ello se pretendió una ruptura con el derecho natural. El iusnaturalismo se transformó para servir de soporte ideológico tanto al historicismo como al individualismo, de manera tal que *Dios* en la *historia* para el primero, y la *razón* que descubre el *estado de naturaleza* para el segundo, fueron los soportes de ambos modelos.

Ahora bien, la ilustración y el individualismo fueron considerados por los escritores decimonónicos, erróneamente, como propios de la revolución francesa. En igual sentido, la tradición ancló al historicismo como del sistema inglés que respondió ante las revoluciones atlánticas (la de Estados Unidos y la de Francia) con la ratificación de su constitución histórica que imponía un gobierno moderado en la lucha contra los privilegios estamentales (Fioravanti, 1998, p. 37). Si bien esto es un ejercicio reduccionista (baste recordar la admiración que el sistema inglés generaba entre muchos ilustrados franceses como Montesquieu, 1926, Libro XI, capítulo VI, pp. 224-239), ya quedó en el imaginario colectivo la oposición de ambos modelos como si fuese fruto de una rivalidad nacional (Inglaterra *versus* Francia) y que a su vez ha llevado a considerar como liberales a los franceses y conservadores a los ingleses por contrarrevolucionarios¹².

¹¹ Este contrato tendría cuatro características fundamentales (Botero, 2014 a, p. 25): i) crea una persona jurídica llamada Estado (que pronto será la representación de un nuevo absolutismo: Grossi, 2003); ii) cede al Estado la soberanía otrora de los individuos; iii) consolida el pueblo en tanto que así se manifiesta como una voluntad general, pero una vez cede la soberanía, se auto-restringe en la medida que el Estado pasa a ser el centro del poder y el fundamento de los derechos; y iv) constituye una representación, donde el Estado *representa* al pueblo ante los demás pueblos y Estados.

¹² Fioravanti (1998, p. 98) aclara que ese famoso “conservadurismo” de Burke, una de las cabezas visibles en la crítica inglesa a la revolución francesa, era, en el fondo, una discusión liberal (a lo que agregó: una discusión entre el liberalismo corporativista de Burke con el liberalismo voluntarista de los jacobinos) (Suñé, 1987, pp. 205-351).

Una característica básica del modelo individualista es que ha buscado limitar al Estado, especialmente a partir de la consideración de que existe un *contrato social* entre el poder constituyente (agrupación de individuos soberanos) y el Estado, por lo que éste asume deberes frente a aquel, entre ellos el reconocimiento de la libertad (como algo previo al Estado y de la que se derivan otros principios jurídicos como la tipicidad de los delitos, la prohibición de analogía en materia penal, la presunción de inocencia, etc., Fioravanti, 1998, pp 61-62) y la exigencia de previsión legislativa para su funcionamiento, esto es, el deber de actuar como Estado de Derecho (Fioravanti, 1998, pp. 40-41).

Además, el individualismo ha pretendido, como garantía de las libertades individuales negativas, un Estado delimitado desde la constitución. En esto se diferencia del historicismo, puesto que para este último la garantía de las libertades individuales se logra mediante una jurisprudencia mesurada. Igualmente, el historicismo, con respecto a las libertades positivas, busca que éstas sean accesibles gradualmente, sin que provoquen rupturas que puedan causar inestabilidad política (como lo pueden hacer las asambleas constituyentes), siendo así accesorias y funcionales a las libertades negativas. En cambio para el individualismo, las libertades positivas no tienen carácter accesorio frente a las negativas, por lo que pueden generar continuos actos de voluntad del poder constituyente a un punto de debilitar la unidad política constituida (Fioravanti, 1998, pp. 43-46).

Sin embargo, a pesar del sabor francés, la realización constitucional del individualismo se dio allende el Atlántico, en 1787. La constitución federal de Estados Unidos surgió como limitación al poder estatal, donde se combinó historicismo e individualismo, en clave antiestatalista. Dicho con otras palabras, no se rechazó el modelo jurídico heredado (Fioravanti, 1998, p. 77), por lo que se acudió a la base misma del modelo historicista inglés: el binomio *liberty & property*, pues, a fin de cuentas, los colonos norteamericanos justificaron su revolución en una presunta violación del Parlamento inglés a la *constitución histórica*, al imponerles tributos y otras obligaciones sin que en dicho cuerpo existiese una debida representación de las colonias. Claro está que entre el historicismo inglés y el estadounidense hay diferencias notables, entre ellas (i) la defensa de una constitución escrita como modo de controlar al naciente Estado federal del que se desconfía de entrada, (ii) la crítica a la omnipotencia parlamentaria británica y (iii) el reconocimiento de la existencia del poder constituyente y la visión de la representatividad política (libertad positiva) donde se exige cercanía entre el elegido y la sociedad civil, a diferencia del modelo inglés (Fioravanti, 1998, pp. 80-87).

Recopilando, el modelo individualista triunfa en Estados Unidos a partir de una alianza con un historicismo reformado, para garantizar la autonomía de lo político respecto de lo social, con miras a que el individuo pueda desarrollarse en pos de su propio proyecto de *felicidad* (concepto fundamental en la época)

(Fioravanti, 1998, p. 87). Sin embargo, la desconfianza radical inicial frente a la federación (otra cosa ha sucedido en las constituciones estatales de aquel país) va dando paso, paulatinamente, a formas más moderadas, con una mayor presencia del Estado federal, pero con una primacía constitucional garantizada por el poder judicial (Fioravanti, 1998, pp. 88-89). Este gobierno moderado se logró mediante la concepción de que el resultado del poder constituyente era (y sigue siendo) un conjunto inviolable de reglas (rigidez y supremacía constitucionales como garantía de las libertades) y mediante los *pesos* y *contrapesos* como estrategia de control a un posible crecimiento despótico del Estado, pero sin llegar a inhabilitarlo en su tarea de gobierno (Fioravanti, 1998, pp. 92-93; sobre la historia de los pesos y contrapesos Botero, 2012 b, pp. 93-120). Es por todo esto que Fioravanti califica a la revolución estadounidense como matriz del constitucionalismo moderno (Fioravanti, 1998, pp. 91-93; Fioravanti, 2014, pp. 59-73).

Pasando al tercer modelo, el estatalismo, éste no acepta un poder constituyente previo a la organización política constituida y defiende, en vez de un “contrato social” basado en la igualdad y el mutuo reconocimiento de las partes, un “pacto social de dominación” mediante el cual los individuos reconocen el poder soberano del Estado, dueño, de entrada, del derecho y de los derechos. Entonces, para el estatalismo, el *contrato* es algo del derecho privado (regulado por el nuevo medio de sistematización: los códigos civil y comercial) y, por tanto, no susceptible de vincular al soberano, esto es, al Estado. Lo que hay, políticamente, es un *pacto* mediante la cual la *masa amorfa* decide convertirse en *sociedad* sometiéndose al Estado que nace del mismo pacto. En consecuencia, no existe sociedad antes del pacto, ni antes del Estado (Fioravanti, 1998, pp. 48-50).

En este sentido, el modelo estatalista fue una reacción al historicismo y al contractualismo-individualista. Claro está que la cimentación del modelo estatalista exigió una “revisión” fuerte de los autores que, igualmente, hicieron parte del movimiento contractualista, de manera tal que autores como Locke, Hobbes o Rousseau, según el caso y la lupa con que fueron observados, pueden ser leídos tanto en clave individualista como estatalista (Fioravanti, 1998, p. 48).

Pasando al tema de las libertades positivas o políticas, éstas no se conciben en el estatalismo como expresión natural de un soberano previo al Estado, sino como expresión generosa del propio Estado, de manera tal que el ciudadano, con el voto, ejerce una función estatal de designación de los miembros del ente soberano¹³. A su vez, las libertades negativas son las que el Estado quiere que existan por medio de la ley estatal (Fioravanti, 1998, pp. 51-52). En consecuencia, no hay oposición entre libertad y poder, en la medida que el ente regulador es la política: no hay, pues, límites externos al Estado (Fioravanti, 1998, pp. 52-53).

¹³ Es decir, tanto el voto como el elector son instrumentos estatales necesarios para la conformación de sus miembros. Se vota por gracia y en nombre del Estado (Fioravanti, 1998, p. 119).

Ahora bien, el punto europeo de encuentro y a la vez de quiebre entre los tres modelos se dio justo en la revolución francesa. Ésta, a pesar del respeto de muchos ilustrados y revolucionarios por el gobierno moderado inglés y a ciertas herencias monárquicas en su constitucionalismo (como el marcado poder del presidente de la república, emulando al absolutismo monárquico) (Fioravanti, 1998, p. 93), terminó inclinándose por ser antihistoricista por su afán de lucha contra el privilegio y el pluralismo jurídico propios del Antiguo Régimen. Esto significó que la revolución giró en torno a dos ejes: al individualismo y, con mayor fuerza en sus últimos días, al estatalismo (Fioravanti, 1998, pp. 57-58), pero con varios elementos en común entre ambos, como por ejemplo la idea de un *poder constituyente* y el valor de la *ley*.

Frente a la existencia de un constituyente con voluntad, dice Fioravanti:

La gran novedad llevada a cabo por la revolución francesa –novedad desde luego perturbadora o escandalosa para algunos ligados al modelo británico tradicional- fue la de hacer aparecer de improviso sobre la escena, en su autonomía, una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente, como pueblo o nación (Fioravanti, 1998, p. 61).

Es que el contractualismo de la revolución francesa no fue exclusivamente individualista. Dio lugar a un constituyente combativo, con proyección política a *futuro* para una unidad social y no sólo como instrumento de conservación o garantía de las libertades individuales (Fioravanti, 1998, pp. 63-64)¹⁴. No obstante, una gran diferencia entre el individualismo inicial y el estatalismo posterior en plena revolución estuvo anclada en la crítica que se hizo al gran poder del constituyente. Entre más poder tuviese el constituyente menos fuerza tendría una representación unitaria del cuerpo político y una menor autonomía de la clase política frente a la sociedad civil, lo que evitaría que el Estado tomase decisiones necesarias pero impopulares (Fioravanti, 1998, p. 67).

Frente a la ley como valor común, hay que decir, por ejemplo, que las declaraciones de derechos revolucionarias tenían en común la constante remisión a la ley (Fioravanti, 1998, p. 70). De esta forma, el *legicentrismo* sería el punto sobre el cual la revolución media entre individualismo y estatalismo (Fioravanti, 1998, p. 62). Pero dada la aceptación de ambos modelos al poder constituyente y a la ley, se gestó un serio problema entre poder constituyente y poder legislativo constituido (Fioravanti, 1998, p. 65). La revolución francesa fue la historia de esta antítesis, aunque, con el paso de los años, el constitucionalismo republicano francés terminó en las fauces del estatalismo lo que impuso una preeminencia del poder legislativo sobre el constituyente y, por ende, sobre la constitución. El Estado fuerte se justificó en su momento como la única forma de vencer al

¹⁴ Esto es lo que Fioravanti (2014) llama “constitución de dirección” para oponerlo a la “constitución de garantía” propia del individualismo.

poderoso Antiguo Régimen (a diferencia de lo que sucedió en Estados Unidos, Fioravanti, 1998, p. 83) y como una reacción al jacobinismo revolucionario (con el que se asoció al individualismo, donde por la fuerza del poder constituyente no se desarrollaron instituciones políticas estables, terminando en un voluntarismo político coyuntural) (Fioravanti, 1998, p. 68).

Para la instauración del estatalismo fue fundamental la configuración de las libertades positivas o políticas. El voto terminó siendo la principal, por no decir que única, libertad positiva, todo lo cual generó un fuerte apoyo al legislador (Fioravanti, 1998, p. 73), quien así logró legitimarse, en la medida que todo lo que hiciera sería justo y sabio puesto que encarnaba la voluntad de la *nación*¹⁵ que lo elegía electoralmente¹⁶.

En consecuencia, si el único que recibe la soberanía de forma privilegiada por el *contrato social*, de un lado, y por el voto, del otro, es el legislador, asunto que un estatalista defendería al considerar esto como *racional*, se explica en todo su sentido la expresión de que la ley es soberana, racional y sabia (pues al ser soberana no puede ser juzgada, ya es el límite mismo del poder y de la moral), y solo puede ser aplicada mas no interpretada (si por interpretación entendemos reconstrucción) por los demás órganos (ya diría Montesquieu, 1926, p. 234, Libro XI, capítulo VI, según la mirada tradicional, que “los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras

¹⁵ Los liberales del XIX prefirieron el término *nación* en tanto lo consideraron más estable y homogéneo que el de *pueblo*. Creyeron que el *pueblo* convocaba, de un lado al atomismo revolucionario (pues cada individuo es soberano) y del otro a la inestabilidad política en la medida que podría hacer caer gobiernos a su antojo (Fioravanti, 1998, pp. 105-106). Esto mismo sucedió para el caso colombiano (Botero, 2010, pp. 200-221). Incluso, en pleno siglo XIX, se empezó la reconstrucción del concepto de *nación* articulado al romanticismo (como el de Savigny) lo que imponía mirar (¿o inventar?) una historia, una raza, una cultura y una lengua identitarias, las cuales a su vez servirían, según la teoría política del momento, como límites al voluntarismo jacobinismo y al posible despotismo del Estado y de la ley: el legislador debería estar atento a la madurez y a los intereses superiores de la nación (no de los individuos del momento) y, por tanto, se autolimitaría (Fioravanti, 1998, p. 103 y 123).

¹⁶ “El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las seducciones de las voluntades particulares; aproximar a sus ojos los lugares y los tiempos; contrarrestar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan igualmente guías. Es preciso obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; es preciso enseñar al otro a conocer lo que quiere. Entonces, de las lutas públicas resulta la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social; de aquí el exacto concurso de las partes y, en fin, la mayor fuerza del todo. He aquí de donde nace la necesidad de un legislador” (Rousseau, 2007, p. 68, Libro II, capítulo VI).

de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”¹⁷. Aparece así, en escena, la exégesis, como respuesta jurídico-política al planteamiento del iusnaturalismo —especialmente racionalista— de un Estado y de una incipiente democracia representativa (Garriga, 2012, pp. 407-410; Botero, 2014 a, pp. 21-37).

Siguiendo con la explicación del modelo, se suele decir por los motivos vistos hasta el momento que la cuna del mismo estuvo en la Francia posrevolucionaria y de allí se extendió a los países bajo su influencia. En este sentido, para buena parte de la Europa continental y de América Latina, el siglo XIX o liberal fue eminentemente estatalista (Fioravanti, 1998, pp. 71-72). Por tanto, bien podría señalarse, dice Fioravanti, que el sistema europeo del siglo XIX fue antiindividualista, en clave estatalista (Francia) o historicista (Inglaterra) (Fioravanti, 1998, p. 107). De esta manera, durante el siglo liberal de la Europa continental se cimentó un modelo donde se protegió a las instituciones públicas del poder perturbador del constituyente y de la constitución misma, donde los derechos están del lado del Estado, donde se abandonó la idea de supremacía y rigidez constitucionales esbozadas en la revolución, y donde el código civil (como nueva forma de la *cultura de la sistematización de los derechos*¹⁸) y la administración pública moderna pasan de girar en torno a la constitución para girar en torno a la ley (Fioravanti, 1998, pp. 107-111). Se pasa pues “de la proclamación revolucionaria de las libertades a la tutela de los derechos en el derecho positivo estatal” (Fioravanti, 1998, p. 113).

¹⁷ Según la visión tradicional, con esta cita se pone en evidencia que el juez, una vez sometido a la ley, deja de ser discrecional, por lo que ya no es más un motor estatal a la usanza del Antiguo Régimen, sino un agente sometido al texto legal, esto es, a la voluntad estatal. No obstante, es importante decir que esta cita ha sido interpretada por fuera de contexto, en la medida que el autor francés, con base en ella, está planteando las ventajas de que parte del legislador, en ciertos casos, actúe como tribunal (como sucede en el Reino Unido) para mitigar aquello que los jueces ordinarios no pueden hacer, todo esto dentro del marco de la monarquía inglesa según la visión que de ella da Locke y que sigue muy de cerca Montesquieu. Por demás, la visión (ya mítica, incluso) que del modelo inglés circuló en el constitucionalismo europeo continental e hispanoamericano (finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX) se basó, especialmente, en la dada por “El Espíritu de las Leyes”, asunto que podría explicar (junto al desconocimiento de las fuentes tal como lo vimos en la visión tradicional) cómo la cita en comentario pasó de ser una característica atribuida (con razón o sin ella) al sistema inglés (al supuesto “objetivismo” del juez inglés que generó las críticas de Bentham y Austin de las que ya se habló) a ser una del Estado liberal decimonónico tanto europeo-continental como hispanoamericano.

¹⁸ “La tutela de los derechos garantizados por la constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y la ley, por el derecho positivo del Estado” (Fioravanti, 1998, p. 110).

Termina su texto Fioravanti explicando, con gran claridad, cómo el Estado liberal europeo cayó en un profundo legicentrismo a la vez que en una fuerte separación Estado–Sociedad, lo cual terminará por aumentar la crisis una vez la ley apareció, ya en pleno siglo XX, no como el fruto de una voluntad política unificadora (*nación*) sino de una mayoría vencedora en las elecciones. Así surgió la necesidad de limitar al legislador con lo cual “la constitución como norma fundamental de garantía y la constitución como norma directiva fundamental de las revoluciones volverá de esta manera a vencer” (Fioravanti, 1998, p. 125). De esta forma, en la actualidad se ha recuperado parte de la tradición revolucionaria de las declaraciones de derechos y de la soberanía popular, quedando las libertades por fuera del arbitrio de los poderes constituidos, sumada a una rigidez y supremacía constitucionales (que implican un robustecimiento del poder constituyente sobre el poder constituido) garantizados por un poder judicial fortalecido y la consideración de que el Estado es posterior a los acuerdos constitucionales (Fioravanti, 1998, pp. 127-130). En este sentido, podría decirse que el estatalismo decimonónico en Europa ha sido menguado con el fortalecimiento de ciertos ideales individualistas en el siglo XX (Fioravanti, 1998, p. 130).

Ya concluyendo, habría que tener en cuenta, siguiendo a Fioravanti, que su propósito no consiste en retratar la exquisita y a la vez completa realidad constitucional decimonónica, sino plantear tres modelos de lectura para entender la forma de visualizarse, en la historia, los derechos fundamentales y las propias constituciones del siglo XIX. Dicho con otras palabras, al aterrizar estos conceptos a la realidad del siglo liberal se podrá ver que no hay modelos puros ni perfectos (Fioravanti, 1998, p. 55).

En esta lógica es que señala las ventajas y las desventajas de cada uno de los tipos-ideales. Por ejemplo, el estatalismo tiene como gran ventaja que permite gobiernos fuertes lo que facilita la estabilidad política y el establecimiento de políticas públicas de carácter social. En cambio, su gran defecto es que degenera con facilidad en el despotismo, por la débil garantía de los derechos ante el Estado mismo (Fioravanti, 1998, p. 74) y por la separación sociedad–Estado que provoca la pérdida paulatina del poder del constituyente y de la constitución (Fioravanti, 1998, pp. 104-105).

Por su parte, el historicismo tiene como ventaja la gran fortaleza y seguridad que ofrece para los derechos ya reconocidos judicialmente, pero tiene como desventaja su lentitud para reconocer nuevos derechos o para adaptarse a los cambios del entorno.

El individualismo, en cambio, tiene como ventaja la cultura del respeto por los derechos fundamentales de primera generación y la facilidad de modelos de alto crecimiento económico, pero como desventaja que la debilidad del Estado termina por generar una situación donde los derechos sociales están

seriamente amenazados, fruto de evitar que haya mucho Estado en la sociedad y mucha sociedad en el Estado (Fioravanti, 1998, pp. 100-102). Dicho con otras palabras, por la debilidad estatal, la constitución termina siendo poco progresista comparada con la potencialidad de transformación socio-política de las constituciones estatistas (Fioravanti, 1998, pp. 94-95)¹⁹. Esto lo denomina Fioravanti, refiriéndose a la constitución de Estados Unidos, como una que no es “proyecto común para el futuro” (Fioravanti, 1998, p. 94) al limitarse a ser una constitución de garantía de las libertades.

Igualmente, por no ser modelos puros, es que Fioravanti señala que, realmente, las experiencias constitucionales analizadas (Inglaterra, Estados Unidos y Francia) fueron fruto de una alianza de dos modelos para enfrentarse a un tercero. La inglesa sería, pues, historicista-estatalista anti-individualista; la francesa revolucionaria estatista-individualista anti-historicista y la estadounidense individualista-historicista anti-estatalista. En consecuencia, ninguna de las tradiciones constitucionales obedeció a un único modelo, de forma tal que la metodología de la recepción de los mismos en las tres experiencias analizadas fue similar: primacía de un modelo, coadyuvancia de otro y enfrentamiento con el restante.

3. Aplicación de los modelos de Fioravanti a Colombia

Ahora bien, ha sido tal la fuerza explicativa de Fioravanti que, con base en él, se ha pretendido evaluar otras experiencias constitucionales. Pero, ¿esto es posible? En primer lugar, Fioravanti no se propone tal cosa. Recordemos que él plantea tipos-ideales, a los que llama *modelos*, sin una particular proyección sobre experiencias concretas, todo con un ánimo clarificador de las líneas más gruesas de las primeras décadas de las cartas de derechos del constitucionalismo moderno del hemisferio Norte. Así las cosas, transpolar esta visión a América Latina, en especial a la contemporánea, es alargarla más allá de lo querido por el autor. Sin embargo, el lector no está atado a los límites que el autor se impuso por lo que puede intentar evaluar el caso colombiano, pero aquel no puede responsabilizar a éste de los efectos de la lectura extensiva realizada.

Sin embargo, para hacer tal cosa, el lector deberá hacer correctivos importantes en el planteamiento del maestro florentino, por lo menos en lo que respecta a la cultura constitucional colombiana.

¹⁹ Esto explica, por ejemplo, la crítica que Lambert le hace al sistema judicial estadounidense, por la renuencia de este último a una legislación más social a inicios del siglo XX (Lambert, 2010).

Colombia ha tenido diferentes momentos constitucionales. Pero quisiera centrarme en dos, con el fin de ejemplificar las dificultades de adaptar la propuesta de Fioravanti sin un detenido análisis. Empiezo con las constituciones de Independencia durante la Primera República (constituciones entre 1811-1815).

En este período, la constitución fue el medio político de afirmar la independencia (aspecto que he denominado hiperconstitucionalismo, Botero, 2010, pp. 101-130). El asunto entonces era el de expedir constitución como primer acto jurídico-político (más importante incluso que el militar) luego de la reasunción de la soberanía por parte de los cuerpos colegiados constituyentes ante el vacío de poder generado por la invasión napoleónica a España (1808). Pero el problema derivaba de cómo redactar las constituciones que marcarían los deseos políticos de los criollos (blancos americanos) independentistas²⁰. Pues bien, al reconocer, por las circunstancias del momento, que las constituciones que se venían redactando no serían documentos muy eficaces, por lo menos no a corto plazo, le permitió a los constituyentes estar a sus anchas en sus trabajos y poder escribir idearios de todo tipo, incluso alejados de la realidad, inspirados en los modelos constitucionales conocidos hasta ese entonces, fundamentalmente el estadounidense, el francés y el gaditano (Botero, 2014 b, pp. 311-389; Botero, 2010, pp. 69-84).

Pues bien, dada la cercanía de Colombia a la familia jurídico-continental y al éxito del modelo centralista en la forma de gobierno que tuvo en nuestro país a lo largo de su historia política, el lector estaría inclinado a pensar que fuimos, por herencia francesa, estatistas-individualistas antihistoricistas; es decir, constituciones elaboradas con el ánimo de crear Estado como símbolo de independencia y de civilización liberal, con cartas de *derechos naturales* en cabeza del individuo aunque en el patrón general del estatismo y del legicentrismo (derechos individuales pero sometidos a una regulación estatal), que rechazaban el odiado Antiguo Régimen hispánico.

No obstante, esto no es tan cierto, dado que incluso en las constituciones con más acento centralista en el período 1811-1815, es posible encontrar elementos estatistas, individualista y heredados del Antiguo Régimen hispánico en lo que respecta a la *constitución dogmática* y, más claro aún, en lo que comporta a las instituciones consagradas en la *constitución orgánica*.

Observando, para citar el caso que más he estudiado, la declaración de derechos de la Constitución de la provincia de Antioquia de 1812, abundan los textos que giran en torno al individualismo y al estatismo. Sólo veamos los primero cuatro artículos de la declaración de derechos contenida en la sección II del título I de dicha Constitución:

²⁰ Aclaro, la revolución de Independencia no fue solamente criolla (Múnica, 1998, pp. 17-19), pero la redacción de las cartas constitucionales de Independencia, generalizando, sí lo fue.

1. Dios ha concedido igualmente a los hombres ciertos derechos naturales, esenciales e imprescriptibles, como son defender y conservar su vida, adquirir, gozar y proteger sus propiedades, buscar y obtener su seguridad y felicidad. Estos derechos se reducen a cuatro principales, a saber: la libertad y la igualdad legal, la seguridad y la propiedad.
2. La libertad es la facultad que el hombre tiene de hacer todo lo que no sea en daño de tercero, o en perjuicio de la sociedad: ella le ha sido concedida no para obrar indistintamente el bien o el mal, sino para obrar el bien por elección.
3. La libertad de la imprenta es el más firme apoyo de un gobierno sabio y liberal; así todo ciudadano puede examinar los procedimientos de cualquiera ramo de gobierno, o la conducta de todo empleado público, y escribir, hablar, e imprimir libremente cuanto quiera; debiendo sí responder del abuso que haga de esta libertad en los casos determinados por la ley.
4. La igualdad consiste, en que siendo la ley una misma para todos los hombres, todos son iguales delante de la ley, la cual premiando o castigando, atiende sólo a la virtud, o al delito, y jamás a la clase o condición del virtuoso, o delincuente.

Sin embargo, tal como se ha estudiado también para Cádiz²¹, el marco cultural y religioso de discusión, aprobación y vigencia de la Constitución antioqueña de 1812, aunada a muchas instituciones propias del Antiguo Régimen que se mantuvieron en dicho texto, dieron un fuerte acento historicista a la declaración de derechos. Pienso, por ejemplo, en la consideración de que la soberanía no es del individuo ni del Estado, sino del *pueblo católico* (Botero, 2010, pp. 200-222) (remembranza parcial de la *nación católica* propia de la constitución gaditana, Portillo, 2000), lo que pone en relieve las dificultades de los tipos-ideales, asunto que el propio Fioravanti reconoce.

Ahora, si pasamos al tema institucional propio de la parte orgánica, aún es mucho más claro el eclecticismo de las constituciones de independencia, puesto que a las instituciones propias del individualismo y del estatatalismo se unen otras del historicismo, como el mantenimiento de los tribunales de residencia (Botero, 2010, p. 192), el rito de juramento político de fidelidad del nuevo régimen²², el sistema electoral²³, el poder de la religión en el texto constitucional (Botero, 2010, pp. 170-171), entre otros. Dicho con otras palabras, no me atrevería a

²¹ De alguna manera, el debate entre lo nuevo y lo viejo de la Constitución de Cádiz se puede extender al momento de leer las constituciones de la Primera República neogranadina. Mi postura (Botero, 2014 b), es que ni son enteramente constituciones modernas (nuevas) ni enteramente constituciones históricas (viejas).

²² Siguiendo el patrón heredado de la cultura hispánica, bien estudiado por (Lorente, 1988).

²³ Cercano, aunque no igual, al modelo gaditano (Botero, 2010, pp. 171-176).

decir, luego de mis estudios de este período, que las cartas de derechos de las constituciones provinciales (1811-1815) en Colombia fuesen anti-historicistas, si por tal cosa entendemos un rechazo jurídico-político al Antiguo Régimen. Eso sí, había claramente un discurso de tribuna que estableció como “enemigo a muerte” al español y a lo español, pero la ideología hispánica, las fuentes normativas, la religión católica como formadora de lo político y muchas instituciones coloniales se mantuvieron tanto en la práctica como en la teoría constitucional.

Todo lo anterior pone pues de relieve la dificultad de la aplicación de estos tipos-ideales al caso colombiano, y no sólo porque la realidad, que es más compleja, siempre se resistirá e encajar, sin más, a los modelos de lectura que son, *per se*, más sencillos. La dificultad radica también en la metodología usada, según Fioravanti, para la construcción de las cartas constitucionales de las tres tradiciones analizadas: dos modelos contra uno. Para nuestro caso, tal vez la dificultad de aceptar dicha metodología radica en la particular forma latinoamericana de la recepción jurídica: el eclecticismo.

Pero sigamos, puesto que el lector, a pesar de las advertencias de Fioravanti, podría dar otro paso aún más comprometedor. ¿Podrían aplicarse los tipos-ideales para comprender la carta de derechos de la Constitución colombiana de 1991? Intentémoslo.

Analizando el siglo XIX con cierta distancia (es decir, sin caer en los detalles de las múltiples cartas nacionales expedidas en ese siglo) tenemos que Colombia ha tenido unas características reiterativas (y las pocas veces que se han intentado variar se han generado guerras sangrientas que terminan por llevar la constitución al cauce que se intentó abandonar) en los siguientes aspectos que enuncio sin pretender ser exhaustivo: a) *Presidencialismo* (incluso, la disputa en los siglos XIX y XX no fue tanto sobre esta forma de gobierno, sino sobre la intensidad con la que debería plantearse en la Constitución) (Vázquez, 1979). b) *Religión* (ningún partido exigió la renuncia al catolicismo, ni predicó el ateísmo —salvo algunos casos aislados—, pero el debate sí giró sobre el grado de relación que debería existir, en la constitución, entre la religión católica y el Estado). c) *Formalismo jurídico* (cualquiera de los bandos en pugna partió de algo en común: la ideología dominante del momento debía formalizarse como Constitución y la praxis política debía estar amparada formalmente bajo *derecho*, pero uno elaborado según los intereses del gobernante de turno y aunque éste fuese expedido de manera amañada²⁴; es decir, un respeto por las formas, incluso electorales, que explica, entre otras razones, porque no hemos sido tierra fecunda para dictaduras *de facto*). d) *Centralismo* (efectivamente hubo momentos de federalismo en Colombia, pero hay que tener en cuenta que fueron mayores los de centralismo, de un lado, y que dentro de cada Estado durante los períodos federales la regla general era un

²⁴ La constitución, especialmente en el siglo XIX, ha sido un “botín de guerra” del partido dominante o victorioso para doblegar al vencido (Valencia, 2010).

acentuado centralismo; dicho con otras palabras, la disputa era, generalizando, por saber cuántos centros de poder habría y no tanto por una verdadera forma federal de organización territorial). e) *Elitismo* (los partidos en pugna compartieron una visión, que se remonta hasta nuestros días, de que los problemas constitucionales más significativos debían ser resueltos entre las élites políticas, de manera tal que el apelo a las masas es accidental y con efectos limitados); entre los aspectos más importantes.

Bien podría pensarse que la mayoría de estos puntos corresponden al modelo estatalista, pero independientemente de ello estos se han introducido de tal manera en nuestra historia constitucional que parecen ser puntos incuestionables tanto de lo que fue Constitución como de lo que posiblemente seguirá siendo Constitución en nuestro país. Sólo una ruptura fuerte, una *revolución* en sentido kelseniano (Kelsen, 2005, pp. 217-225), podría poner en duda la continuidad de estos aspectos. Así las cosas, ¿podrían considerarse estos puntos como parte de una *constitución histórica* o *constitución real* (Lassalle, 1997) colombiana?

Veamos un caso concreto. La Constitución de 1991, por ejemplo, se vendió como una constitución de ruptura (i) con el odiado pasado de conflicto político y de guerra generalizada contra el narcotráfico (Zuleta, 1998), y (ii) con la Constitución autoritaria, centralista y estatalista de 1886. Es por ello que la Constitución de 1991 fue recibida con la esperanza de cambios radicales (Lemaitre, 2009; Barreto, 2011). Efectivamente traía innovaciones y acentos muy particulares que podrían dar a entender, con facilidad, que estaríamos ante una Constitución individualista-estatalista anti-historicista en lo que respecta a su carta de derechos, tal como lo sugirió el propio Fioravanti ante las constituciones europeas del siglo XX (Fioravanti, 1998, p. 130). Individualista puesto que, siguiendo los lineamientos de las cartas constitucionales de posguerra, era prolija en los derechos, los cuales eran, generalizando, considerados superiores, previos al Estado e inherentes a la persona humana²⁵. Además, sería individualista porque los derechos estaban garantizados por varios instrumentos judiciales consagrados por la propia Constitución y que serían de aplicación inmediata, esto es, eficaces aún sin regulación legal. Estatalista, en la medida que no se renunciaba al Estado, por el contrario, para instaurar una *cultura de los derechos* se requeriría un Estado fuerte en lo social (aunque débil ante el neoliberalismo²⁶). Y anti-historicista en tanto se rechazaba la Constitución de 1886, con su pobre carta de derechos, fundada en los idearios católico-nacionalistas y considerada como autoritaria.

²⁵ Artículo 94 de la Constitución de 1991: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

²⁶ Sobre la paradoja al interior de la Constitución de un Estado fuerte frente a la democracia social y uno débil ante lo económico, véase (Jiménez, 2008).

Sin embargo, al superar esta leyenda blanca de la Constitución de 1991 y la negra de la de 1886 tenemos que los elementos propios de lo que podría pensarse es parte de nuestra *constitución histórica* se respetaron en buena medida²⁷. Veamos: a) *Presidencialismo*: en el diseño original de la Carta de 1991 se mantuvo este modelo de gobierno aunque moderado por una compleja red de pesos y contrapesos (entre ellos un empoderamiento del Congreso, Faivre, 2011, pp. 23-46) que, con el paso del tiempo y mediante reformas constitucionales posteriores, se fueron desactivando para llegar, desde la era uribista hasta la actualidad, a un *hiperpresidencialismo*, mayor que el planteado en la Constitución de 1886 (Botero, 2012 b, pp. 93-120; García & Revelo, 2009, pp. 328-371), en el cual, al parecer, el control institucional que aún permanece medianamente fuerte es el de las Altas Cortes²⁸. b) *Religión*: si bien no hay alusión directa al catolicismo y se consagró la libertad de cultos, todo lo cual dio lugar a que se creyera que se produciría un distanciamiento fuerte entre el Estado y la Iglesia (en especial a partir de la sentencia de la Corte Constitucional declarando inexecutable varios apartados de la Ley 20 de 1974 que ratificó el concordato con la Santa Sede: Sentencia 027 de 1993, MP Simón Rodríguez), sí se dejó el nombre de Dios en el preámbulo constitucional, se respetaron diversos principios religiosos en temas relevantes (como la definición de familia y la regulación de la sexualidad²⁹) y se delegó al juego político cotidiano la intensidad de las relaciones entre la religión cristiana y el Estado (relaciones que no se han debilitado) (La Rosa, 2000). Ya podemos imaginar qué pasaría si un candidato presidencial se declara religioso no-cristiano, ateo o, peor aún, anti-cristiano: sería el fin de sus aspiraciones. c) *Formalismo jurídico*: si bien se abrieron mecanismos jurídicos que podrían dar lugar a un nuevo derecho menos formalista, se mantuvo, por considerarse una cuestión esencial de la cultura jurídica colombiana, el apego a las formas jurídicas (García Villegas, 1993), al papel sobre la realidad (García Villegas, 2009), a la vigencia sobre la eficacia. Incluso, habrá que decir, que dichos mecanismos jurídicos novedosos terminaron, con el tiempo, adaptándose al formalismo jurídico dominante (Estrada, 2010, pp. 77-112). d) *Centralismo*: se mantuvo aunque con un deber

²⁷ Existe una amplia literatura que pone en evidencia cómo se adelantaron las negociaciones que dieron lugar a la constitución y el papel que desempeñaron en ellas muchos actores, como la Iglesia. Por ejemplo: De la Calle, 2004; Cepeda, 2007, pp. 358-418; Bohorquez, 2001.

²⁸ (Duque, 2012): Este texto analiza cómo la Presidencia no ha logrado controlar por completo a las Altas Cortes quienes han desafiado en varias oportunidades el poder de aquel, aunque las relaciones fueron más tensas en la era Uribe (en especial con la Corte Suprema de Justicia) que en la era Santos. Por demás, es importante ver cómo en la teoría política contemporánea el control institucional del Ejecutivo pasa cada vez más del Parlamento a las Altas Cortes.

²⁹ Por ejemplo, Lemaitre (2012, pp. 493-511) señala cómo la religión cristiana ha permeado fuertemente la interpretación jurídica en torno a la familia, los derechos reproductivos de las mujeres, el matrimonio igualitario y la adopción por parte de parejas homosexuales, entre otros temas.

de descentralización administrativa, de reforma del ordenamiento territorial y de robustecimiento financiero de las entidades territoriales, para menguar así los efectos perversos del centralismo. Habrá que señalar que, mediante reformas constitucionales, se desactivaron estos mecanismos de medida para llegar, en la actualidad, a una *re-centralización* tan fuerte como la existente previamente a 1991 (Serpa, 2010, pp. 381-384; Estupiñán, 2010, pp. 193-227). e) *Elitismo*: siguió el criterio de que las decisiones políticas más importantes, incluyendo la aprobación de la nueva Carta y las reformas constitucionales posteriores, debían ser realizadas desde las instancias más altas sin consulta al pueblo a quien se le ha considerado, prácticamente, como una *masa amorfa* que no tiene capacidad ni voluntad para debatir y tomar estas decisiones (Mejía, 2007, pp. 235-256). Lo extraño es que tanto las élites más progresistas hasta las más tradicionalistas y conservadoras, le temen al constituyente primario en tanto lo consideran, los primeros, como una fuerza capaz de caer en el populismo de las *democracias plebiscitarias*³⁰, o, los segundos, como una masa que sin el autoritarismo caería en la anarquía y la descomposición del *orden natural de las cosas* (Mejía, 2002, pp. 60-67; Mejía, 2003, pp. 143-160). Y, agregó, f) Independencia del poder judicial (un elemento que entró a nuestra *constitución histórica* a lo largo del siglo XX): la Constitución de 1991 mantuvo este estándar, pero mesurándolo al restringir la cooptación como forma de elección de los magistrados de las altas cortes, lo que no significa que en la práctica la Rama Judicial esté exenta de ser politizada y controlada por un Ejecutivo cada vez más poderoso (Jaramillo, 2007, pp. 61-90).

Dicho con otras palabras, muchos elementos de nuestra *constitución histórica* se mantuvieron, aunque menguados, en la Carta original de 1991. Pero los límites fueron desapareciendo paulatinamente, mediante reformas realizadas desde el Congreso de la República, para permitir así que la *constitución histórica* se encauce nuevamente por el camino que se quiso dejar atrás.

Además, hay muchos artículos e instituciones jurídico-políticas que se mantuvieron, a pesar del supuesto discurso de ruptura constitucional con el que se vendió la Constitución de 1991. Por ejemplo, tenemos una amplia historia de *defensa judicial de la constitución* y de las libertades civiles previa a la Carta de 1991 que, en alguna medida, continuó³¹; varios textos normativos de la nueva Constitución provienen de fórmulas anteriores, como el artículo relativo

³⁰ “La democracia plebiscitaria —el tipo más importante de la democracia de jefes— es, según su sentido genuino, una especie de dominación carismática oculta bajo la *forma* de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y solo por ella perdurable. El jefe (demagogo) domina de hecho en virtud de la devoción y confianza *personal* de su séquito político” (Weber, 1964, p. 215).

³¹ Sobre la historia colombiana de la defensa judicial de la constitución, en: (Botero, 2012 a, pp. 319-341). En relación con la historia de la Corte Suprema, quien era el defensor de la constitución antes de 1991, dejando en claro que la Corte Constitucional no partió de cero: (Cajas, 2014).

a la centralidad de la ley en lo que respecta a las fuentes jurídicas a las que se debe someter el juez³²; varias instituciones bien particulares que siguieron en la nueva Constitución, por considerarse demasiado propias de la cultura política colombiana, como tener un Consejo de Estado como alto tribunal —par de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional— de la justicia contenciosa administrativa a la vez que juez constitucional de los actos administrativos, etc.

Claro está que los ejemplos de continuismo acabados de expresar no corresponden por entero a la carta de derechos, pero aunque sean parte de la *constitución orgánica* terminan por limitar la forma en que la cultura jurídica asume la *parte dogmática* de la Constitución de 1991.

Así las cosas, ya podemos poner en duda la metodología de *dos modelos contra uno* en la Constitución de 1991, si entendemos, claro está, por *historicismo* el respeto a la cultura constitucional previa ya que, para estas épocas, poco sentido tendría preguntarnos si la Constitución de 1991 ratifica o rechaza la cultura jurídica colonial. Igual conclusión sacamos de las constituciones de Independencia, claro está que allí entendimos por *historicismo* la continuidad de institución del *Antiguo Régimen colonial*, cosa plenamente normal en aquella época, en la cual, por sus circunstancias, las constituciones no podían hacer rupturas radicales con el pasado jurídico apenas iniciando la República. Entonces, ya sea que entendamos por antihistoricismo rechazo al *Antiguo Régimen* o rechazo a la *constitución histórica*, habrá casos en uno u otro sentido que nos permiten poner en duda que las cartas de derechos se comprenden con la metodología de dos modelos enfrentados a un tercero.

A esto habría que agregar que las épocas donde se legitimaba el pensamiento hegemónico en nuestra propia cultura jurídica están cediendo. En consecuencia, América Latina, creo yo, cada vez se piensa menos como mera receptora de modelos noratlánticos. Las posturas más moderadas de este revisionismo plantean visiones de *recepciones creativas*, en las cuales las ideas noratlánticas se reconstruyen y se funden con las previamente existentes en nuestro entorno³³. Esto está claramente reflejado en las palabras de Valencia Villa:

³² Artículo 230 de la Constitución: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Este artículo, de claro raigambre legicentrista decimonónico, tuvo que ser intervenido en varias oportunidades por la Corte Constitucional (v.gr. Sentencia C-486/1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes) para hacerlo acorde con el nuevo modelo constitucional, obligando a que el concepto “ley” de dicho texto sea interpretado como “ordenamiento jurídico”. Sobre este tema véase: (Gutiérrez, 2013, pp. 371-429).

³³ Que se pueden ver en la propuesta de recepción planteada en: (López, 2004). En un trabajo anterior planteé ese modelo de recepción en lo que concierne a la llegada de la exégesis a Colombia, esto es, del eclecticismo dominante en la cultura jurídica (Botero, 2014 a, pp. 40-41).

El eclecticismo de la Norma Fundamental proviene de su origen transaccional, esto es, de la voluntad pactista de una corporación electiva que representaba a un país dividido, en guerra civil de baja intensidad, y que no podía formular un instrumento doctrinario sino más bien un documento de conciliación y reconciliación. De ahí que en el articulado se adviertan ideas y concepciones liberales, conservadoras, nacionalistas, internacionalistas, autoritarias, democráticas y sobre todo socialdemócratas, que corresponden en distinto grado a las supervivencias de la Constitución del 86, a los aportes del gobierno de turno y de los delegatarios, a las influencias ideológicas y normativas externas e incluso a los azares y peripecias en la confección del texto. En teoría, un discurso o estatuto que resulta de la aplicación de un cuerpo de doctrina despierta nuestra admiración intelectual. En la práctica, sin embargo, la realidad que suele ser mestiza, se resiste a ser explicada o regulada por la pureza de una ideología, por lo cual la adaptación inteligente de la ideas a los hechos, el compromiso razonable entre texto y contexto, merece aún mayor encomio (Valencia, 2010, pp. 212-213).

Posturas algo más fuertes señalan, por su parte, que en lo que respecta al constitucionalismo contemporáneo, América Latina ya está en línea de ser un *cuarto modelo* (Noguera, 2010, pp. 15-18; Lascarro, 2012, pp. 58-69). Incluso, en este mismo sentido, encontramos voces que plantean que Colombia, con su Constitución de 1991, fue la cuna de este nuevo modelo constitucional, al que a falta de mejor nombre, se le va conociendo simplemente como “neoconstitucionalismo latinoamericano” y que tiene como otros ejemplos a Venezuela, Ecuador y Bolivia (Noguera & Criado, 2011, pp. 15-49).

Recapitulando, una lectura extensiva del planteamiento de Fioravanti no sería del todo clara en su aplicación en Colombia por dos motivos. i) En el trasfondo de lo propuesto por el profesor florentino está una teoría de la recepción poco compatible con la experiencia constitucional latinoamericana, dado que aquí ha predominado la adaptación de los discursos sin que ello conlleve a la renuncia de los modelos adaptados con anterioridad. ii) En caso de que ya pueda hablarse de un cuarto modelo, la visión de una trinidad fuente de las cartas de derechos se caería por su propio peso.

Pero, repitémoslo, esa *lectura extensiva* no proviene directamente del texto Fioravanti, por varios motivos. El primero es que el autor plantea tres tipos-ideales aplicables a tres experiencias constitucionales concretas noratlánticas. El segundo porque los tipos-ideales no tocan los *detalles* de las cartas de derechos, y en lo acabado de señalar tocamos *detalles* de constituciones colombianas tanto de la parte *dogmática* como de la *orgánica*. El tercero es que el maestro florentino desea explicar, a partir de sus modelos, el nacimiento del constitucionalismo occidental y no lo que acontece en la contemporaneidad, y la *lectura extensiva* llevó ese modelo a la Constitución colombiana vigente. Y el cuarto es que en el análisis

recientemente propuesto de la Constitución de 1991, cuando se alude a que en ella no hay un rechazo a un tercer modelo, en este caso al historicista, se trata de una continuidad, *mutatis mutandis*, de la *constitución histórica* (asociada al estatalismo) mientras que Fioravanti expone como anti-historicismo un rechazo al Antiguo Régimen.

Incluso, ya es algo problemático reconocer la existencia, para el caso colombiano, de una *constitución histórica* a partir del reconocimiento de una *constitución real* marcadamente estatalista, esto es, a partir de comunes denominadores en nuestro proceso constitucional y político. ¿El estatalismo puede convertirse en historicismo?

Entonces, teniendo en cuenta estas advertencias, el ejercicio planteado de aplicar, más allá de lo dicho por Fioravanti, los tipos-ideales y su metodología de recepción a Colombia no dio los mejores resultados.

4. Conclusiones

Fioravanti, en un reconocido texto que circula profusamente, plantea una forma normativa de leer las tres grandes tradiciones constitucionales, en lo que respecta a las cartas de derechos, del mundo occidental a partir de tres modelos o tipos-ideales: el historicismo, el individualismo y el estatalismo. Para ello explica con gran maestría pedagógica los límites conceptuales de cada uno de los tres modelos y termina señalando que, dado que no son modelos puros, para hacerlos más acordes con la realidad, éstos se alían con otro modelo para enfrentarse a un tercero: “tenemos una doctrina Individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)” (Fioravanti, 1998, p. 25).

Ahora bien, con esta metodología Fioravanti plantea algo que merece una lectura cuidadosa: una teoría de la recepción (incluso más cercana al *legal transplant* de lo que inicialmente parece (Watson, 1996, pp. 335-351)) en tanto señala cómo recibieron los tradiciones constitucionales en torno a las cartas de derechos los modelos ya planteados: *dos contra uno*.

En este escrito no se ha debatido sobre si es posible considerar que en las experiencias constitucionales que él menciona se diese el mismo sistema de recepción y planteamiento de los derechos. Pero sí se hizo una lectura extensiva de lo dicho por Fioravanti al caso colombiano a partir de situaciones particulares: el constitucionalismo provincial de la Primera República y la Constitución de 1991.

Al ver estos dos casos concretos tenemos dos dificultades iniciales. La primera que esta lectura está por fuera de los objetivos del autor. La segunda tiene que ver con el concepto mismo de *historicismo*. Sobre esto último, Fioravanti, claramente, vincula en su obra al historicismo con el Antiguo Régimen. En este sentido, las cartas de derechos del constitucionalismo provincial neogranadino no podrían ser leídas plenamente con la metodología del autor italiano, porque este constitucionalismo colombiano fue fruto de una mezcla, muy interesante por demás, de los tres modelos en dosis, obviamente, diferentes.

Ahora, si por historicismo pudiésemos entender la *constitución histórica* de un país, y por este concepto entendiésemos aquello que las relaciones políticas consideran potencialmente intocable en la historia constitucional y, por tanto, la *constitución real* a través de los tiempos, tenemos que la Constitución de 1991 sería, además de individualista y estatalista, historicista.

Pero independientemente que se permita o no considerar la *constitución real* como historicismo, con los ejemplos puestos creo que queda en claro algo: el análisis y la teoría de la recepción para el caso colombiano en especial y para el latinoamericano en general se verían mucho más enriquecidos e, incluso, más cercanos a la realidad si tomamos lo planteado por Fioravanti señalando dos cosas: i) que no opera plenamente la idea de dos contra uno, sino más de bien de todos en dosis diferentes; ii) que de esos tres modelos básicos, por las diferencias propias de la región, se ha ido gestando una variante fácilmente distinguible que muchos han visto, tal vez aún con más efusividad que prudencia académica, como un cuarto modelo constitucional ☐

REFERENCIAS

Barreto, A. (2011). *La generación del Estado de sitio*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Bohorquez, J. (2001). *Concepciones políticas en la Constituyente de 1991*. Medellín: Coimpresos.

Botero, A. (2010). *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano: origen del constitucionalismo antioqueño*. Medellín: Universidad de Medellín.

Botero, A. (2012 a). "La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea", en: Barbosa, F. (ed.). *Historia del derecho público en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 319-341.

Botero, A. (2012 b). "Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la Contemporaneidad", en: Londoño, M. (coord.). *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo. Memorias del VI Seminario Internacional TGD*. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 93-120.

Botero, A. (2014 a). *El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX*. Medellín: Universidad de Medellín.

Botero, A. (2014 b). "Una sombra en la noche: en torno al constitucionalismo gaditano y la Nueva Granada", *Historia Constitucional*, Número 15, pp. 311-389.

Cajas, M. (2014). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*. Bogotá y Cali: Universidad de los Andes y Universidad ICESI. Tomos I y II.

Cepeda, M. (2007). "¿Cómo se hizo la constitución? Mitos y realidades", en: *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, pp. 358-418.

Costa, P. (1969). *Jurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*. Milán: Giuffrè.

David, R. (1953). *Tratado de Derecho Civil Comparado*. Trad. Javier Osset, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

De La Calle, H.(2004). *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta.

Duque, J. (2012). *El presidente y las cortes: las altas cortes en Colombia y sus relaciones con el poder ejecutivo*. Cali: Universidad del Valle.

Estrada, S. (2010). "La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad", *Vniversitas*, Número 121, pp. 77-112.

Estupiñán, L. (2010). "¿Es autónoma Colombia para establecer y regular el tema de las transferencias intergubernamentales? ¿Autonomía o dependencia de las entidades territoriales en materia de transferencias intergubernamentales?", en: Estupiñán, L. & Gaitán, J. (comps.). *El principio constitucional de autonomía territorial: realidad y experiencias comparadas*. Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 193-227.

Faivre, C. (2011). "Colombia: un régimen presidencial bajo la tentación del parlamentarismo", *Revista Derecho del Estado*, No. 27, Bogotá, pp. 23-46.

Fioravanti, M. (1998). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.

Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.

García Pelayo, M. (1968). *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. Madrid: Revista de Occidente.

García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Uniandes.

García Villegas, M. (2009). *Normas de papel la cultura del incumplimiento de las reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre.

García Villegas, M. y Revelo, J. (2009). "La concentración del poder en Colombia", en: García, M. y Revelo, J. (codirs.). *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia, pp. 328-371.

Garriga, C. (2012). "Legislación y códigos", en: Lorente, Marta y Vallejo, Jesús (coords.). *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 407-449.

Grossi, P. (1986). *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*. Milano: Giuffrè Editore.

Grossi, P. (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza.

Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.

Grossi, P. (2004). *Derecho, Sociedad, Estado*. México: Escuela Libre de Derecho y Colegio de Michoacán.

Gutiérrez, H. (2013). "La interpretación y desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia: López Vs. Tamayo. ¿Una discusión dogmática?", en: *Cuadernos de la maestría en derecho*, Universidad Sergio Arboleda, No. 3, pp. 371-429.

Heidegger, M. (1998). "La época de la imagen del mundo". *Caminos de bosque*. Madrid: Alianza, pp. 63-90.

Hespanha, A. (2005). *Cultura jurídica européia: síntese de um Milênio*. Florianópolis (Brasil): Boiteux.

Jaramillo, J. (2007). "La constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica", *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, No. 20, pp. 61-90.

Jiménez, A. (2008). *Democracia y neoliberalismo: Divergencias y convergencias en la construcción de la Carta Política colombiana de 1991*. Medellín: La Carreta.

Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. 14ª. ed. Trad. Roberto Vernengo. México: Porrúa.

La Rosa, M. (2000). *De la derecha la izquierda. La Iglesia Católica en la Colombia contemporánea*. Bogotá: Editorial Planeta.

Lambert, E. (2010), *El gobierno de los jueces (1921)*. Trad. Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos.

Lascarro Castellar, C. (2012). "De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), 9 (2), pp. 58-69.

Lassalle, F. (1997). *¿Qué es una constitución?* 2ª ed. Bogotá: Temis.

Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Lemaitre, J. (2012). "By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas", *I•CON*, Vol. 10, No. 2, pp. 493-511.

López, D. (2004). *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia.

Lorente, M. (1988). *Las infracciones a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Martínez, F. (2010). "Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval", *Cuadernos de Historia del Derecho*, Vol. extraordinario, pp. 303-356.

Martínez, F. (2015). "De re bibliographica (v): epígonos gaditanos (con dos variaciones finales en clave constitucional)", *E-SLegal History Review*, 19, pp. 2-64.

McIlwain, Ch. (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. Juan José Solozábal. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Mejía, O. (2002). "Dominación y exclusión en la Constitución de 1991. La constitucionalización de la mentira", *Palimpsesto*, Revista de la Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, No. 2, pp. 60-67.

Mejía, O. (2003). "El origen constituyente de la crisis política en Colombia", en: Mason, A. y Orjuela, L. (eds.). *La Crisis Política Colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 143-160.

Mejía, O. (2007). "Elites, etnicidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia", en: Hoyos, Guillermo (ed.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, pp. 235-256.

Montesquieu (1926). *Del espíritu de las leyes (1748)*, Tomo I, París: Garnier.

Múnera, A. (1998). *El fracaso de la nación: región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1810)*. Bogotá: Banco de la República y El Áncora editores.

Noguera, A. (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Noguera, A. y Criado de Diego, M. (2011). "La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", *Estudios Socio-jurídicos*, Bogotá, 13 (1), pp. 15-49.

Petit, C. (2012). "Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia", en: Cappelline, Paolo; Costa, Pietro; Fioravanti, Maurizio y Sordi, Bernardo. *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 741-748.

Portillo, J. (2000). *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ROUSSEAU, J.J. (2007). *Contrato social (1762)*. Trad. Fernando de los Ríos. Madrid: Calpe.

Serpa, H. (2010). "¿Autonomía territorial o recentralización?", en: Estupiñán, Liliana & Gaitán, J. (comps.). *El principio constitucional de autonomía territorial: realidad y experiencias comparadas*. Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 381-384.

Suñé, E. (1987). "El iusnaturalismo político de Edmund Burke", *Revista Persona y Derecho*, 16, pp. 205-351.

Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de Batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Vallejo, J. (1992). *Ruda Equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid: CEC.

Vázquez, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. 2ª ed. Bogotá: Enrique Dobry.

VV.AA. (1980). *El pactismo en la historia de España*. Madrid: Instituto de España.

Watson, A. (1996). "Aspects of Reception of Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2, pp. 335-351.

Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Trad. J. Medina y otros. México: Fondo de Cultura Económica.

Zuleta, E. (1998). *Colombia: Violencia, democracia y derechos humanos*. Edición a cargo de Alberto Valencia. Cali, Colombia: Fundación Estanislao Zuleta.