

ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DEL ESTADO POSMODERNO: “ALCANCES EN EL ESTADO COLOMBIANO”

Characteristic aspects of Postmodern State: “Achieves in Colombian State”

Duvan Fernando Valencia García

dufevaga@gmail.com

Universidad Pontificia Bolivariana

“Colombia país civilista siempre en guerra”

Rafael Gutiérrez Girardot

Resumen

Una de las características de los Estados, es su posibilidad de cambio, evolucionan de acuerdo a las condiciones geopolíticas del momento, son considerados por muchos teóricos de la ciencia de política como seres vivos que nacen, se reproducen y mueren. Ante esta perspectiva es necesario hacer un estudio sobre el paso del Estado moderno al Estado postmoderno, mirando las características propias, los fenómenos políticos que dan lugar al cambio e indagar cuales han sido sus implicaciones en el Estado colombiano a la luz de la constitución de 1991, donde se promulga a Colombia como un Estado social de derecho.

Palabras claves: Estado posmoderno, americanización del derecho, imperio de la ley, interés general, democracia deliberativa.

Abstract

One of the characteristics of states, is the possibility of change, states evolve according to geopolitical conditions at the time, states are considered by many theorists of science policy as living beings are born, reproduce and die. In this perspective it is necessary to do a study on modern state over the postmodern state, looking at the characteristics, political phenomena that lead to change and ask what are the implications for the Colombian government in the light of the 1991 constitution where is enacted to Colombia as a social rule of law.

Keywords: postmodern state, Americanization of law, rule of law, general interest, deliberative democracy.

Introducción

A partir de la década de 1970 se empieza a gestar a nivel mundial una serie de movimientos populares, políticos y representaciones sociales, que promueven una rebeldía contra la diosa razón reinante en la modernidad, estas manifestaciones pugnan por un quebramiento de la estructura del modelo estatal, para dar paso a un nuevo modelo que responda a las nuevas necesidades sociales, políticas y económicas. Por esta razón el Estado sufre una transformación en su modelo, viéndose abocado al abandono de sus viejos principios: *interés general, imperio de la ley, preeminencia del individuo, institucionalización del poder, monopolio de la razón*, para dar paso a un nuevo marco de principios: *hiperindividualismo, rechazo a los determinismos sociales, absolutización yo*. Bajo este nuevo panorama surge una nueva sociedad caracterizada según Jacques Chevallier por la *complejidad, el desorden, la indeterminación, la incertidumbre*. (Chevallier, 2011, pág. 23)

A partir de lo anterior, se pretende realizar un estudio de cinco aspectos: *las características distintivas del Estado moderno, el paso del interés general al imperativo de eficacia, la americanización del derecho, el imperio de la ley y la democracia deliberativa*, que nos permiten examinar el paso del Estado moderno al Estado posmoderno e interpretar sus alcances en la configuración del nuevo Estado colombiano tomando como referente la constitución política de 1991.

Características distintivas del estado moderno.

Según Jacques Chevallier, el Estado moderno surge de la conjugación de cinco elementos esenciales:

(i) *la existencia de un grupo humano, la nación, (ii) la construcción de una figura abstracta, el Estado, (iii) La percepción del Estado como fundamento del orden y de la cohesión social, sociedad civil, (iv) el establecimiento de un monopolio de la fuerza, y (v) la existencia de un aparato estructurado y coherente de dominación, burocracias funcionales*. (Chevallier, 2011, págs. 36-37).

De manera que, el Estado moderno solo fue posible gracias a la combinación armónica de esos cinco elementos, veamos cada uno de ellos.

La existencia de un grupo humano, la nación

La nación es una realidad constituida por un conjunto de seres humanos que además de tener un lugar común de nacimiento y de vida (el territorio), tienen una serie de características que los identifican y al mismo tiempo los distinguen de otros conjuntos de seres humanos: raza, idioma, costumbres, tradiciones, historia, religión, música, hábitos alimenticios, en síntesis una cultura que va moldeando el alma individual y colectiva de los pueblos, pero sobre todo un sentimiento común de tener un mismo destino. Una definición más aproximada nos la da el historiador alemán Erich Kahler, quien manifiesta:

Una nación, es una comunidad secular, basada en un carácter popular especial, en una forma de vida homogénea, en las costumbres, instituciones y formas culturales especiales que surgen de la interacción de estirpes populares específicas y de la naturaleza de un país. La suma de las costumbres y logros profanos de tal comunidad crea gradualmente un acervo de recuerdos instintivos, al que llamamos tradición. Esta conecta intrínsecamente a cada individuo de la comunidad con el tesoro vital de un pasado étnico. El complejo todo de costumbres, hábitos y logros, se convierte en un foco de vida, para los individuos de la comunidad, un foco que es una analogía profana del papel que desempeña la divinidad entre las tribus antiguas, y así la tradición es la religión profana de una nación. (Kahler citado en Forero, 2009, p 35).

La nación es un concepto polisémico por lo que no ha sido asumido de la misma manera en cada una de las épocas de la historia, en algunos momentos fue asumido como sinónimo del Estado, lo que ha ocasionado

que se caiga en un error, ya que históricamente han existido Estados que comprenden varias naciones como la antigua URSS, la antigua Yugoslavia o la Gran Bretaña, así mismo, han existido naciones divididas en dos Estados como es el caso de Alemania dividida en República Federal Alemana y República Democrática Alemana luego de la segunda guerra mundial, y en la actualidad existen naciones que no son consideradas Estados como el caso de la nación palestina, la nación Kurda o Cataluña. De lo anterior podemos afirmar la existencia de una nación sin la necesidad del Estado, pero no al contrario, ya que un Estado está sustentado en unos mínimos valores nacionalistas.

El Estado colombiano históricamente no ha podido consolidar un proyecto de nación, por dos razones fundamentales. Primero el proceso de independencia correspondió a los intereses de una clase social, lo cual dificultó crear unos principios y valores comunes a todos y segundo el marcado regionalismo del Estado colombiano, hace que en la conciencia de sus habitantes primero este su región, que el Estado (Patiño V. C., 2003). El concepto de nación en el caso colombiano encaja perfectamente en lo dicho por Ortega y Gasset (1927)

Una nación donde el Estado, el sistema de las instituciones, fuese perfecto, pero en que la sociedad careciese de empuje, de claridad mental, de decencia, marcharía malamente. En cambio, una nación cuyo Estado fuese sobremanera defectuoso, pero donde las gentes tuviesen mente clara, energía, fuerte apetito de vivir, espíritu emprendedor, saber técnico, etc., se mantendría siempre a flote.

La construcción de una figura abstracta, el Estado.

El Proceso histórico de la aparición de los Estados modernos está íntimamente ligado a dos fuerzas: la coerción y el capital. Por la vía de la coerción, los imperios se extienden y se consolidan, buscando la conformación de ejércitos estatales que sirven como medio para desarrollar y consolidar la política estatal, de modo que son el mecanismo más efectivo para la consolidación de la estabilidad política, militar y económica. La vía del capital, veía como forma de sometimiento el poder económico y el aseguramiento de rutas comerciales. Demuestra que el uso de la fuerza no es suficiente para la consolidación de los Estados, que para lograrlo es necesario fortalecer el comercio, a través de la creación de mercados y gestión de capital financiero, la estructura política estaba basada en el continuo flujo de dinero, con el cual se podía inclusive alquilar la fuerza militar.

Con el pensamiento de Charles Tilly aparece una tercera vía la coerción capitalizada. Esta vía es una implicación del uso de la fuerza militar y el poder económico, por lo que es necesario que los Estados tengan una buena estructura militar, con la consolidación de ejércitos nacionales y la creación de estructuras financieras, productivas y comerciales, así la vía coercitiva era complementada por la vía capitalizada, el monarca emergió como el gran gobernante, encargado de la vía coercitiva –un ejército monárquico-, y la vía capital –puertos, alianzas comerciales, etc-, así el Estado monárquico utilizó la coerción capitalizada como la mejor forma de consolidar su poder y ganar cada uno de estos enfrentamientos y por lo tanto lograr el surgimiento del Estado moderno.

Los estudiosos de la ciencia política, el derecho y la sociología coinciden en mayoría en admitir que el Estado moderno, surge con Maquiavelo y durante la edad moderna se va consolidando pasando por diferentes variantes, provocado por los diferentes cambios socio-políticos que va experimentando la sociedad desde el Estado Absolutista hasta el Estado social de derecho. En la actualidad los derechos humanos sustentados en la dignidad, son la base de la estructura estatal de casi todo el hemisferio occidental.

El Estado aparece en occidente como una figura abstracta, como una entidad política, caracterizada por que un grupo de personas se organiza jurídicamente en un territorio determinado y bajo el mando de un gobierno busca mantener el orden. Desde la teoría contractualista Hobbes, Locke, Rousseau, el Estado aparece cuando el hombre decide renunciar a vivir en estado naturaleza y pacta la creación de la sociedad civil, entregando sus derechos a un gobernante.

En el caso de Colombia, la historia de la formación del Estado nos muestra que ha estado sustentado en *la violencia y en la concentración del poder en una pequeña oligarquía*. El proceso de independencia es resultado del aprovechamiento de un grupo de criollos, que viendo vacante el trono de Fernando VII, maquinaron todo un plan independentista que los llevara a usurpar el poder legítimo del rey de España. Luego del hecho histórico del 20 de julio de 1810, el nuevo Estado no se logró consolidar, el enfrentamiento entre centralistas y federalistas llevaron a Colombia a unas constantes guerras civiles durante el siglo XIX entre ellas la guerra de los mil días (1899-1902), cuya consecuencia fue la separación de Panamá. Entrado el siglo XX, la historia del Estado colombiano no cambio mucho, la hegemonía partidistas hacía de las suyas en cada gobierno, existían más instituciones que Estado.

Durante la mitad del siglo XX, Colombia experimentó una serie de acontecimientos políticos, sociales, económicos, que van a marcar su historia reciente, el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán dio origen al bogotazo y con él a un periodo conocido como la violencia. La dictadura extraña del general Gustavo Rojas Pinilla, la creación del frente Nacional, el nacimiento de los grupos guerrilleros, el narcotráfico y los paramilitares, cuestionan la estructura del Estado, lo que hace necesario una asamblea constituyente a fin de reformar esas estructuras débiles.

La percepción del Estado como fundamento del orden y de la cohesión social, sociedad civil.

La aparición del individuo, va a marcar el desarrollo de la civilización de occidente. El Estado aparece como una institución encargada de proteger a individuos a través de acciones políticas que garanticen la libertad y la justicia, sustentados en los principios de la razón y la dignidad humana, de modo que, el individuo como sujeto político individual es una marca occidental, con el paso del teocentrismo al antropocentrismo se exalta la razón como diosa, las relaciones estatales no van a estar marcadas por la fe, la relación Estado-Iglesia se quebranta, dando paso a la relación Estado-ciudadano sustentadas en las nociones de libertad y justicia.

El origen de Estado moderno, tiene su punto de partida en las revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789), las cuales permeadas por las ideas liberales de Jhon Locke dan origen al concepto de individuo-ciudadano, materializando una serie de garantías y libertades, plasmadas tanto en la constitución de Filadelfia como en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

En la edad media era imposible separar la idea de que gobernante y gobierno fueran entes diferentes, por lo que se creía que quien tuviera el poder encarnaba en sí mismo al propio al Estado, así lo hizo saber Luis XIV, cuando pronunció "*L'État, c'est moi*" "*el Estado soy yo*", identificando en la monarquía absoluta al rey con el Estado.

Es con Thomas Hobbes, cuando se logra separar al gobernante del gobierno, apareciendo el Estado como un ente independiente, desde ahora el Estado no estará encarnado en la persona que detente el poder, sino que el Estado será un Leviatán con existencia propia, surgido de la suma de intereses particulares y de la necesidad que tienen los hombres para establecer la paz, a través del denominado contrato social. A partir del pensamiento de Hobbesiano, aparece el Estado moderno, como resultado de una invención occidental.

En Colombia con la instauración de la constitución de 1991, se da giro en torno al papel fundamental del individuo en la construcción de Estado, con la implementación de un catálogo de derechos (Artículos 11 al 82) y la creación de unos mecanismos idóneos para protegerlos. En el nuevo modelo estatal colombiano toma fuerza la sociedad civil la cual es entendida

como el conjunto de asociaciones voluntarias que no son parte del Estado y sin embargo ejercen alguna forma de poder social: los partidos políticos, los movimientos ciudadanos, los medios de

comunicación, la empresa privada, los gremios, los sindicatos, las iglesias y las ONG, en general, se consideran parte de dicha sociedad (PNUD, 2003, pág. 447).

Sin embargo, la crisis social por la que atraviesa el Estado Colombiano marcado por un conflicto armado de más de 50 años, un precario sistema de salud, un elevado desempleo, hacen que la sociedad civil juegue un papel muy importante, trata de encontrar soluciones sin el uso de las armas, este concepto de civil como diferenciación de lo militar, del ciudadano como hombre libre que habita la urbe, de civilidad como ejercicio de los derechos ciudadanos, de civilización como el largo camino que ha recorrido la humanidad para encontrar una manera no violenta de solucionar sus conflictos.

La sociedad civil que ya ha comenzado a moverse se organiza, como dice Chernick

Para presionar y reivindicar lo concerniente a la paz, todo ello mediante, huelgas de trabajo, paros, referendos, medios de comunicación, las artes, seminarios universitarios y foros populares, teniendo en cuenta esto la idea es educar, creando conciencia para presionar los procesos de paz que van a sacar adelante a los problemas que tenemos tanto a nivel social, y económico entre otros". (Chernick, 1999, pág. 54)

El establecimiento de un monopolio de la fuerza.

El monopolio de la violencia, al ejercerse a través de fuerzas armadas estatales, supone al Estado como el único poder legítimo para usar la fuerza, por medio de la coerción buscan neutralizar a cualquier individuo u organización no estatal que pueda ejercer violencia, es decir, no hay poder por fuera del Estado.

Es precisamente del monopolio de la violencia y del uso de la fuerza, de donde surge el concepto de soberanía, la cual se convirtió en la forma real y eficaz del control y uso de la violencia desde la territorialidad del poder, cada Estado posee un territorio donde ejerce la fuerza.

Para Webber el Estado es una relación de hombres dominando hombres, de modo similar utiliza el contractualismo Hobbesiano la frase: *"homo hominis lupus est"* "el hombre es un lobo para el hombre", para explicar el origen del Estado monárquico absoluto, según el cual la única posibilidad de una convivencia pacífica entre los hombres tras su lucha infinita por el poder, es concentrarlo en el Estado, que se muestra como garante de la paz interna. Sin embargo, esta ansia de poder se expande más allá de las fronteras y es aquí donde aparece la guerra.

El surgimiento del Estado está íntimamente ligado a la violencia, en lo que Marx llama una lucha de clases, entre naciones y entre individuos, lucha que se da en aspectos económicos, sociológicos y políticos. Por lo tanto, el empleo de la violencia por parte del Estado es legítimo. Así, el Estado moderno no deja espacio social para el empleo de la violencia, fuera del Estado cualquier violencia es ilegítima.

Por lo tanto, el monopolio de la violencia le permite a los Estados concentrar el poder de coerción, centrado en los ejércitos, los cuáles actúan bajo presupuestos de identidad estatal, se lucha por un Estado que les pertenece, muestra de eso, es que el hecho de que sea el mismo gobernante quien dirija la acción militar.

La particularidad del conflicto colombiano, hace que se ponga en duda que el gobierno posea el monopolio de la fuerza, no se duda que tenga la fuerza legal, de lo que se duda es que en Colombia exista un monopolio. La década del 90 marcó un país dividido en tres partes, en donde el monopolio de la fuerza era ejercido por tres actores distintos, dos de ellos ilegales. En el norte del país los paramilitares ejercían dicho monopolio, en el sur era ejercido por la guerrilla, dejando solo centro del país bajo el control estatal. Bajo este escenario el Estado colombiano intenta mantener el monopolio de la fuerza, a través de las fuerzas militares.

La existencia de un aparato estructurado y coherente de dominación, burocracias funcionales.

El proceso de creación y formación de instituciones estatales, trajo consigo la despersonalización del Estado, lo que dejó como resultado la decadencia del patrimonialismo, este suceso estuvo marcado por la separación entre el dinero público y el patrimonio del monarca, a partir de la creación del orden público y de instituciones estatales que tenían como funciones administrar justicia, la guerra, la defensa, el recaudo de impuestos, educación, salud, etc, es decir, las obligaciones del Estado van a cubrir las necesidades de los gobernados.

A medida que los monarcas iban ganando los enfrentamientos contra la iglesia, el imperio, la nobleza y las ciudades-Estados, fue necesario crear administradores especializados que llevaran a cabo las funciones estatales, es así como se empieza a construir lo que conocemos con el nombre de burocracia. La Institucionalización de la burocracia, esto es, la profesionalización del Estado, surge a medida que los Estados se fueron expandiendo, esto hizo necesario, institucionalizar cargos asalariados con funciones específicas, que permitieran una mejor forma de administración, como cobrar impuestos, establecer bases militares y comerciales, esto permitió el desarrollo de la autogestión, posibilitando al Estado moderno consolidar su poder. Así con el paso del tiempo fueron apareciendo los funcionarios públicos, los monarcas crearon la representación diplomática lo que dio origen a los embajadores, las secretarías de relaciones exteriores, las cancillerías y los ministerios, todos estos funcionarios debían representar las políticas del Estado. La aparición de la burocracia permitió la despersonalización del Estado, el cual ya no estaba representando por el monarca, sino por una serie de instituciones y funcionarios que defendían los intereses del Estado.

Las instituciones colombianas pasan por la crisis de credibilidad y legitimidad, ninguna de las ramas del poder público se escapa a escándalos y hechos de corrupción, el ejecutivo ha enfrentado escándalos como el proceso 8000 en el gobierno de Ernesto Samper, los supuestos vínculos paramilitares, las chuzadas ilegales del DAS, las falsas desmovilizaciones, el escándalo de agro ingreso seguro del gobierno de Álvaro Uribe, el reciente fallo de la corte internacional de justicia que le quito soberanía marítima a Colombia en un litigio con Nicaragua, las “mermeladas”, el peso del proceso de paz con las Farc en el gobierno de Juan Manuel Santos, el carrusel de la contratación en Bogotá, son solo algunos de los hechos que ponen en tela de juicio la credibilidad del ejecutivo. Por su parte el legislativo ha tenido que enfrentar la deslegitimación que surgió como fruto del fenómeno de la parapolítica en dónde se hicieron evidentes los vínculos de algunos congresistas con los paramilitares, lo cual pone de manifiesto los múltiples casos de ilegalidad por los que pasa nuestro sistema electoral, reflejado también, en los altos grados de abstencionismo. De otro lado la rama judicial ha tenido que enfrentar altos grados corrupción de magistrados, como ha ocurrido con el consejo superior de la judicatura.

Ante la necesidad de reestructurar las instituciones del Estado el gobierno de Juan Manuel Santos le ha apostado a una nueva reforma constitucional conocida como equilibrios de poderes, con la cual se pretende sustituir instituciones como el consejo superior de la judicatura y crear nuevas condiciones que permitan retomar la credibilidad y legitimación de las instituciones del Estado, así esta nueva reforma busca ser una salvación a la institucionalidad del Estado.

El paso del interés general al imperativo de eficacia.

El Estado moderno se caracteriza por primacía del interés general sobre el particular, de lo colectivo sobre lo particular. Con las nuevas exigencias de la sociedad contemporánea cabe la pena preguntar ¿existe efectivamente un interés general en el nuevo modelo estatal posmoderno?. El interés general es un concepto ético y normativo invocado habitualmente para justificar las decisiones de los planes; sin embargo, determinadas corrientes de la filosofía política niegan la existencia de tal concepto y aquellas que lo consideran difieren en su sentido y significado (Córdoba, 2010).

El problema que presenta para la ciencia política en la actualidad el tema interés general, consiste en determinar no solo su existencia, sino su eficacia en la concreción de los objetivos del Estado, ¿dónde se origina el interés general?, ¿si el individualismo es característico del Estado moderno, como hablar de interés general?, ¿es válido en el Estado posmoderno, utilizar el interés general para limitar derechos individuales?, tratar de responder estos interrogantes es la cuestión que interesa.

Al ser el interés general un principio propio del Estado moderno, es lógico que su origen se encuentre en dos posturas filosófico-políticas que dieron origen al Estado moderno *el utilitarismo y el contractualismo*. Para el utilitarismo el interés general surge de la suma de intereses individuales, así lo afirma Bentham:

La comunidad es un cuerpo ficticio compuesto de personas individuales que son consideradas sus miembros constitutivos. El interés de la comunidad, entonces, ¿qué es?: la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen (Bentham, (1780), ed 2000, pág. 15).

Para el contractualismo, sobre todo el rousseaiano el interés general es fruto de la voluntad general, que surge del pacto hecho por los individuos, obligados a someterse a reglas comunes de convivencia. Así *“la voluntad general es la única que puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución que es el bien común”* (Rousseau citado en Córdoba, 2010, pág 127).

El neocontractualismo de Rawls nos da pautas para el entender como el interés general resulta útil para materializar al menos en términos teóricos el concepto de justicia, por lo que resultaría justo, todo aquello que este fundamentado en el interés general. Contrario al utilitarismo el interés general en el contractualismo no procede de la suma de intereses individuales, sino de la renuncia de unos derechos individuales naturales.

En el Estado posmoderno el interés general es utilizado como un medio para la limitación de libertades individuales, la ley aparece como el medio por el cual, el Estado materializa su poder, la ley debe contener dos características para ser válida: ser *abstracta y general*. Es la ley la única apta para limitar los derechos individuales, por lo tanto, el interés general se encuentra materializado por el Estado en el poder legislativo. Así la ley no solo tiene la función de regular conductas, sino que es mecanismo por el medio del cual el Estado asegura la ejecución eficaz de sus políticas públicas, pasando del simple interés general al imperativo de eficacia.

La constitución política de Colombia estableció como un principio fundamental del Estado la prevalencia del interés general (Art 1), el cual es desarrollado a lo largo de la carta magna: derecho a presentar peticiones cuando el motivo sea interés general (art 23), expropiación de la propiedad privada cuando medie el interés general o social (art 58), es deber del Estado velar por la protección del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (art 82), corresponde al ministerio público la guarda y promoción de los derechos humanos y el interés público (art 118), limitación legal de la libertad económica cuando así lo exija el interés social (art 333).

Vemos como a partir de la constitución, todo el ámbito jurídico del Estado debe estar sustentado en el interés general, buscando en gran medida lograr altos índices de eficacia en las políticas gubernamentales, lo que nos lleva a pensar que la nueva carta política estableció el imperativo de eficacia como complemento al interés general, para lograr cumplir con los fines del Estado (art 2).

La americanización del derecho

La globalización trajo para el mundo una apertura en social, política y económica, las transformaciones sociales en la actualidad, nos pone de manifiesto que estamos frente a una sociedad dinámica, cambiante. La globalización está transformándose en una globalización jurídica y responde fundamentalmente a los parámetros de la americanización administrativa y reguladora. (Ballbe, 2007, pág. 216). Por lo que hablar de derecho contemporáneo sería hablar de derecho americano.

Este fenómeno de americanización global, es una forma de imposición ideológica, a partir de la cual el derecho deja de ser una creación propia de cada Estado, para convertirse en una manera indirecta de coloniza-

ción, la americanización del derecho supone una incursión jurídica norteamericana en los sistemas jurídicos internacionales, lo que lleva a un derecho mundial. El derecho cada vez se abre puertas a la internacionalización, saliendo de las fronteras estatales, convirtiéndose en un derecho común.

Asistimos a una desregulación del derecho, donde toma vital importancia el precedente judicial, de modo que la creación del nuevo derecho estará en las manos de los jueces a través de la jurisprudencia. Para determinar la obligatoriedad de un determinado precedente, solamente desde el punto de vista formal, deben tenerse en cuenta dos factores fundamentales, siguiendo de cerca la doctrina del *stare decisis*: la jerarquía de las cortes que expiden las decisiones que contienen los precedentes y el ámbito territorial de esas mismas cortes. (Londoño, 2007, pág. 61)

La corte constitucional en Colombia al tratar el tema del precedente dijo:

De un lado, en el sistema anglosajón, práctico y empírico por naturaleza, la jurisprudencia es la fuente principal de derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes. Se enfatiza en la noción de "precedente". La ley escrita ocupa un lugar secundario. De otro lado, en el sistema latino, más especulativo y abstracto, la ley escrita es la principal fuente de derecho. La jurisprudencia ocupa un lugar secundario". y agrega "las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior. (Sentencia C -104/1993).

En un primer momento la corte constitucional consideró que por ser el derecho colombiano hijo del derecho latino, el precedente judicial característico del derecho anglosajón, no tenía el grado de obligatoriedad y solo constituía una fuente secundaria de derecho, sin embargo, con la evolución del derecho contemporáneo la jurisprudencia constitucional ha ido cambiando a favor de la obligatoriedad del precedente de las decisiones de ciertos jueces.

A partir de la sentencia C-386 del 2001, la jurisprudencia de la corte empezaría a cambiar acercándose más al derecho anglosajón, y revistiendo de obligatoriedad el precedente judicial, así lo indica la sentencia

Como la Constitución es norma de normas el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta. Las sentencias constitucionales interpretan la Constitución o pueden interpretar las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes. En principio, los jueces deben seguir la jurisprudencia constitucional y cuando no lo hacen por razones del respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones que los llevaron a apartarse de la jurisprudencia.

En la misma sentencia la corte constitucional continua diciendo

Esta obligación es doble. Primero, comprende el deber general de seguir el precedente, tema al cual nos referiremos posteriormente para mostrar la compatibilidad de esta posición dentro de un sistema de tradición romano-germánica como el nuestro. Segundo, incluye la carga especial de argumentación que debe ser satisfecha para que se cumplan las condiciones en las cuales existe una excepción a este deber general".

Este nuevo derecho tendrá por característica propia ser garantista, lo cual se refleja en cada uno de los principios fundantes del derecho colombiano: el principio de publicidad, de legalidad, de favorabilidad, de buena

fe, el non bis in ídem, el iura novit curia, la presunción de inocencia, el imperio de la ley, el derecho fundamental al debido proceso, nos ponen de frente a un Estado garante y justo.

De la constante absolutización del yo, han emergido minorías sociales, que a gritos y lucha han ganado un reconocimiento de derecho como es el caso de las parejas del mismo sexo a quienes vía jurisprudencial se les reconoció el derecho patrimonial, a celebrar contratos de unión y últimamente en discusión a adoptar, todas estas por vía jurisprudencial. La indeterminación social ha roto los paradigmas de la modernidad, se han concebido nuevas formas de organización social, la familia tradicional ha dado paso a otras formas de familia, han emergido nuevos grupos sociales (punkeros, góticos, rastas, etc), todos ellos demandando una igualdad de derecho, lo cual ha llevado a que el derecho se transforme a fin de garantizar la pluriculturalidad del Estado plasmada en la constitución. Estas situaciones han llevado a que en Colombia se de giro en la forma de concebir el derecho, lenta y progresivamente se ha venido cambiando la forma en que se hace el derecho pasando del derecho escrito al derecho oral (laboral, penal, administrativo), abandonando el derecho romano, por el derecho anglosajón, en una marcada *americanización del derecho*.

El imperio de la ley

Tras la caída del Estado absoluto, no solo apareció un nuevo modelo estatal, *el Estado moderno*, sino que se creó la constitución como forma de limitar el poder del Estado, paralelamente a esto se le iban otorgando a los ciudadanos una serie de derechos de los que antes carecían, aparecieron los derechos civiles y políticos, luego con el paso de los años y gracias a revueltas y revoluciones sociales se otorgaron los derechos económicos, social y culturales, y finalmente ante la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible se otorgaron los derechos al medio ambiente. Ante esta nueva panorámica estatal, aparece un nuevo marco jurídico-normativo que tendrá como base *el imperio de la ley*.

El derecho y la ley fueron evolucionando a la par con el Estado, según el juez Trías Monge citado por el juez Rivera

Es así que la ley o el derecho se ha concebido a veces como el resultado de la revelación divina o el producto de la razón o el mandato del soberano o como medio de control social o como una mampara para el arbitrio del juzgador o, conforme a la teoría socialista, como un agente de opresión, como arma de las clases capitalistas para perpetuar sus privilegios. Se advertirá que a la luz de esta diversidad de criterios la frase el imperio de la ley adquiere tonalidades distintas (Otero & Rivera, 2011, pág. 149).

El imperio de la ley propio de la modernidad, instituido para garantizar la estabilidad del Estado de derecho, se enfrenta en la posmodernidad a una transformación donde la garantía de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se erigirán sobre los titulares de los poderes públicos, y corregirán los abusos de éstos. Ahora todos los Poderes públicos, incluido el Legislativo, deberán someterse al orden jurídico constitucional; y la validez de las normas no dependerá de su entrada en vigor, sino de su coherencia con los principios constitucionales (Gil Ruiz, 1997, pág. 275). Por lo que el legalismo queda superado dando paso al garantismo jurídico.

La democracia deliberativa

Las revoluciones de Estados Unidos y la francesa, propusieron un nuevo modelo en la relación que se daba entre el individuo y el Estado, a partir de los presupuestos del Estado moderno y con la creación de los derechos políticos y civiles, toma vital importancia la democracia como camino para materializar el nuevo catálogo de derechos individuales. La democracia moderna está caracterizada por abrir las puertas a la participación del ciudadano en la acción del gobernar del Estado a través de la legitimación directa o indirecta de las políticas públicas, los Estados democráticos modernos presuponen ciudadanos con capacidad de comprensión de

la complejidad en la que se realiza la participación pública, en tanto que en estos Estados se admite el espacio de lo público como el escenario legal para la discusión y toma de las decisiones que afectan a los involucrados. (Domínguez, 2013, pág. 303).

Durante la época de la postsegunda guerra mundial, la democracia pareció ser el mejor sistema político, capaz de responder a las necesidades de la nueva sociedad, la experiencia estatal supuso la determinación de la aplicación del ejercicio democrático, la participación dio paso a la representación, originando un deterioro en la estructura democrática, los ciudadanos no se identifican con sus representantes, el fenómeno de la abstención electoral hace que sea posible hablar de democracias débiles o pseudodemocracias.

Bajo esta nueva perspectiva, la sociedad civil contemporánea empieza a exigir participación no solo en la elección de los gobernantes, sino en la esfera política, la creación de veedurías ciudadanas, movimientos sociales que reclaman igualdad de derechos, hacen que la esfera política deje pertenecer a unos pocos, transformándola en esfera pública –aquel escenario donde se concretiza la opinión pública- dando origen a un nuevo modelo de democracia, *la democracia deliberativa*.

Podemos definir siguiendo a Domínguez (2013) que

La democracia deliberativa es una forma política que aspira a convertirse en modelo normativo de la política contemporánea, es decir, prescribir la política que conviene (...), Así, la democracia deliberativa surge, en definitiva, como superación de la estrechez de los planteamientos liberales y republicanos. Sin embargo, además de lo comunicativo, procedimental y normativo, que supone la democracia deliberativa, existen otros elementos conceptuales importantes en esta teoría como, por ejemplo, la ciudadanía, la opinión pública, la participación política y el derecho. (Domínguez, 2013, pág. 303).

Tres presupuestos ético-políticas marcan la democracia deliberativa, el ejercicio activo la ciudadanía, el cual se ve reflejado en la participación política, generando en la esfera de lo público en donde se forma la opinión pública (Habermas, 1964), que se ve materializado en el ejercicio de los derechos humanos, en donde los ciudadanos como titulares del poder estatal, son capaz de discutir, deliberar y proponer solución que conlleven a mejorar las políticas estatales.

La democracia deliberativa conlleva la superación del problema presentado por la democracia representativa en donde las deliberaciones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin (Bobbio, 1986, pág. 34). No quiere decir que en la democracia deliberativa el ciudadano haga parte directa de las deliberaciones de las corporaciones políticas, sino que a partir de la esfera pública, tiene la posibilidad de ejercer la opinión pública, creando un escenario político de deliberación discursiva que lleve a legitimar o deslegitimar las decisiones tomadas por el Estado.

Colombia cuenta en la actualidad con una democracia débil, la participación democrática muestra altos grados de abstencionismo y los ciudadanos no se identifican con las instituciones de representación las cuales presentan altos grados de deslegitimación. Bajo este panorama la democracia deliberativa en Colombia no logra fortalecer las bases de un Estado democrático, por el contrario busca desestabilizar cada vez la institucionalidad del Estado, la opinión pública es utilizada de manera irresponsable, en un discurso carente de argumentación, la esfera política es utilizada para alzar ataques contra las políticas gubernamentales como proceso de paz con las Farc o la gobernabilidad en Bogotá.

En este escenario, los ciudadanos carecen de medios propicios para ejercer de manera plena una democracia deliberativa, los medios de comunicación desinforman con noticias parcializadas e incompletas, los eventos académicos como foros, conversatorios y debates, no trascienden las puertas de las universidades, la esfera pública y la esfera política han quedado reducidas a la utilización de unos cuantos, que la usan como medio para lograr los intereses personales abandonando la esencia misma del Estado, la prevalencia del intereses general.

A modo de conclusión

El Estado colombiano no ha logrado hacer el tránsito del Estado moderno al posmoderno, la carencia histórica de un proyecto de nación ha dificultado consolidar políticas públicas que se vean reflejadas en instituciones públicas fuertes, que gocen con alto grado de credibilidad y legitimación, que acerquen al ciudadano a la esfera de lo público.

La sociedad civil actual, exige cada vez más el compromiso social del Estado, mejorar las tasas de desempleo, el acceso a la educación superior, un sistema de salud funcional, son algunas de las peticiones hechas por los ciudadanos, los cuales al ver el abandono del Estado acuden al derecho legítimo de protesta, como mecanismo de cumplimiento de los fines del Estado.

Frente a estos fenómenos sociales, políticos y económicos, emerge el nuevo derecho encargado ya no solo de regular las conductas de los individuos, sino de propiciar espacios de participación ciudadana, el imperio de la ley lentamente ha dado paso a la jurisprudencia de las altas cortes adquiriendo el precedente judicial el grado de obligatoriedad, como han sido los casos del reconocimiento de sociedad patrimonio en las parejas homosexuales y más recientemente la capacidad de las parejas del mismo sexo de celebrar contrato matrimonial.

La nueva constitución dio participación política a las minorías, ante esta nueva perspectiva de una democracia participativa y pluralista emerge la proliferación de partidos y movimientos políticos, lo cual trae como consecuencia la decadencia de la identificación o filiación política.

Se amplía el marco de la democracia participativa a la representativa, paradójicamente en Colombia los legisladores alcanzan grandes votaciones en lugares donde no tienen ningún arraigo político o representando minorías a las que no pertenecen, a lo que se suma la deslegitimación por la que atraviesa el legislativo, hace que podamos hablar de una crisis en la democracia. La democracia deliberativa propia de la sociedad contemporánea no encuentra espacios para su desarrollo, ni la opinión pública, ni la esfera política son apropiadas por los ciudadanos, manifestando un descontento y una apatía por los acontecimientos políticos del país.

Ante estas situaciones, el Estado colombiano marcha lentamente en el camino de la posmodernidad.

Referencias

- Ballbe, M. (2007). El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, núm 174, 215-276.
- Bentham, J. ((1780), ed 2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batochae Books.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México : Fondo de cultura económica .
- Chernick, M. (1999). *La negociación de una paz entre múltiples formas de violencia. En los laberintos de la guerra*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Cifuentes, D. (2006). El papel de la ciudadanía en la democracia deliberativa y su relación con la opinión pública. *Otras voces*, 83-86.
- Constitución Política. (s.f.).
- Contreras, J. A. (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*. vol. 41, no. 115 , 331-361.

- Córdoba, M. B. (2010). El interés general en la filosofía política. un concepto ético y normativo necesario . *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles N.º 53*, 121.146.
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jurgen Habermas. *Analecta política*, 301-326.
- Forero, C. N. (2009). Nacionalismo, constitucionalismo y Estado-Nación emergente en Colombia. *Revista VIA IURIS*, (6), 33-53.
- Gil Ruiz, J. M. (1997). La función judicial: entre la ciencia y el control social. *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO XIV* , 273-303.
- Habermas, J. (1964). La esfera Publica: un artículo de enciclopedia .
- Londoño, N. R. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas.*, 55-68.
- Ortega y Gasset, J. (1927). ¿Reforma del Estado o reforma de la sociedad? .
- Otero, L., & Rivera, A. (2011). El juez efraín rivera perez y el imperio de la ley. *Revista Jurídica UPR*, 146-230.
- Patiño, V. C. (2003). Estado y nacion, ¿un proyecto aún?: intelectuales, violencia y guerra en la construcción de la identidad nacional y del Estado en Colombia. *Democracia y paz, tomo VII*, 209-241.
- Patiño, V. C. (2005). *El origen del poder de occidente. "Estado, guerra y orden internacional*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- PNUD. (2003). El conflicto, callejón con salida. *Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia*.