

Stefan Jost (Ed.)

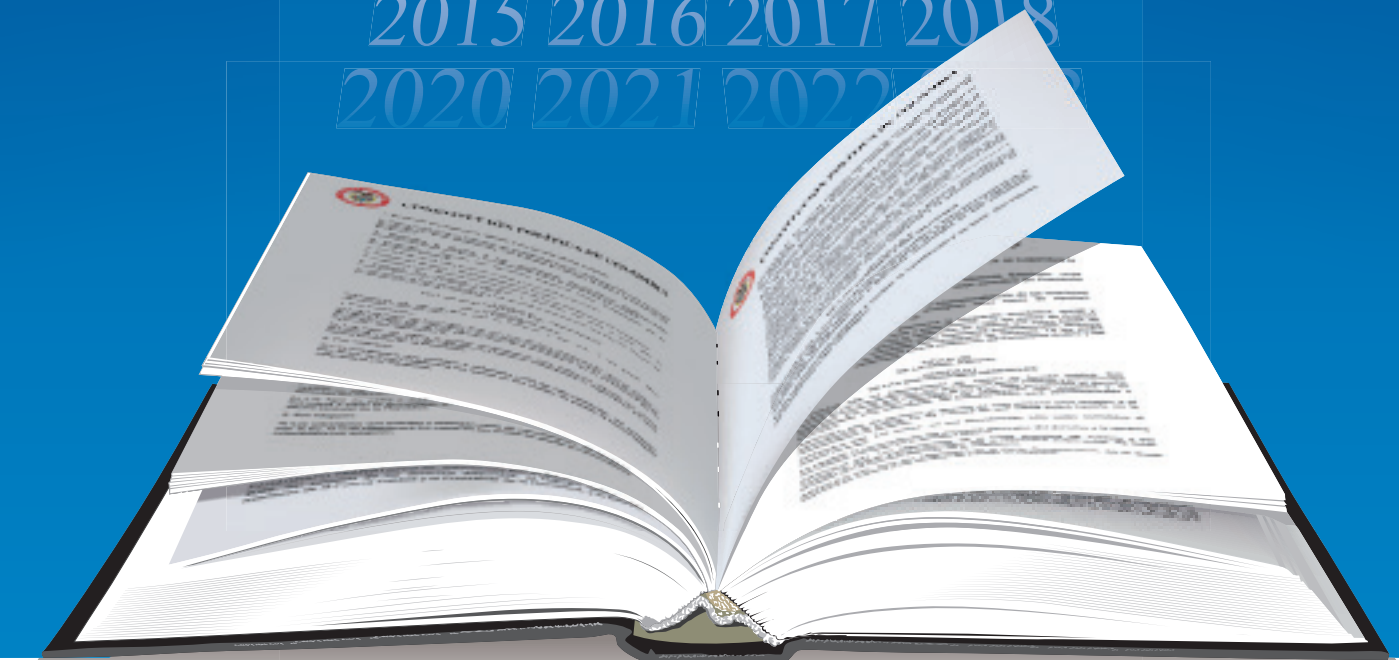
20 AÑOS

de la

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

logros, retrocesos y agenda pendiente

1991 1992 1993 1994
1995 1996 1997 1998
1999 2000 2001 2002
2003 2004 2005 2006
2007 2008 2009 2010
2011 2012 2013 2014
2015 2016 2017 2018
2020 2021 2022





20 AÑOS

de la

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

logros, retrocesos y agenda pendiente

20 Años de la Constitución Colombiana : logros, retrocesos y agenda pendiente / Juana Inés Acosta-López ... [et al.]. -- Editor Stefan Jost. -- Bogotá : Fundación Konrad Adenauer-KAS-Colombia, 2012.

492 p. ; 25 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 978-958-98737-9-3

1. Colombia - Constitución, 1991 2. Colombia - Constitución, 1991 - Comentarios 3. Colombia - Derecho constitucional I. Acosta-López, Juana Inés II. Jost, Stefan, ed.

342.8603 cd 21 ed.

A1326727

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

20 Años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente.

© Fundación Konrad Adenauer-KAS-Colombia

Primera edición: Diciembre 2011
Editor: Prof. Dr. Stefan Jost
Coordinación: Juan Carlos Lancheros G.
Juan Carlos Vargas R.

Autores:

Juana Inés Acosta-López	Antonio Lizarazo
Álvaro Francisco Amaya-Villareal	María José Mantilla Calderón
Germán Burgos Silva	Fernando Mayorga García
Magdalena Correa Henao	Gabriel Mora Restrepo
Claudia Dangond- Gibsone	Andrés Motta Navas
Lina Marcela Escobar Martínez	Hernán Olano
Nicolás Figueroa	Floralba A. Padrón Pardo
Juan Carlos Galindo Vácha	Alfonso Palacios Torres
Leonardo García Jaramillo	Oscar Parra Vera
Fernando Giraldo G.	Rodrigo Pombo Cajiao
Lucas S. Grosman	Fabio Enrique Pulido Ortiz
Camila Herrera Pardo	José Manuel Sandoval
Stefan Jost	Vanessa Suelst Cock
Juan Carlos Lancheros Gámez	Rodrigo Uprimny

Diseño y Diagramación: Gina Acosta González

Impresión: Opciones Gráficas Editores Ltda

ISBN: 978-958-98737-9-3

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento y la distribución de ejemplares de la misma sin la previa y expresa autorización de sus titulares.

Bogotá D.C., Colombia



20 AÑOS

de la

CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

logros, retrocesos y agenda pendiente

Stefan Jost (Ed.)



Agradecimientos

Han transcurrido 20 años desde que Colombia hizo un cambio trascendental en su dinámica jurídica, política, económica y social, que representó en su momento una transformación en la visión de las y los colombinos sobre el futuro del país, quienes al mismo tiempo volcaron sus esperanzas de cambio en la Constitución Política de 1991. Hoy nos encontramos en un momento en el que la fuerza de la continuidad y los vientos de cambio luchan por su lugar. Dentro de este contexto la Fundación Konrad Adenauer emprendió la tarea de llevar a cabo la publicación de *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, en donde pretendemos hacer una aproximación crítica, analítica y constructiva de los postulados constitucionales a la luz de la Constitución vigente.

Esta tarea que emprendimos hace unos meses ha sido un esfuerzo conjunto, en el cual directa o indirectamente, participaron varias personas sin quienes posiblemente no tendría hoy en sus

manos este libro. Por esta razón, queremos comenzar dando un agradeciendo especial a Juan Carlos Vargas —coordinador de proyectos de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung— ya que su apoyo ha sido fundamental para que esta publicación se haya llevado a cabo. Igualmente un sincero agradecimiento a la Fundación Derecho Justo, a su director Juan Carlos Lancheros Gámez, y a sus investigadores Fabio Enrique Pulido Ortiz y Jenny Carolina Burgos Casas, por su valioso apoyo e importante tarea de coordinación a lo largo del proyecto.

Por otro lado, un agradecimiento a todos los autores, nacionales e internacionales, que participaron en la publicación, debido a que el aporte hecho por cada uno contribuyó a que la publicación de *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, después, sea una realidad. También extendemos un agradecimiento al personal de la editorial que se esforzó en su corrección y diagramación.



Contenido

PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I - CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA	37
La Constitución de 1991 como constitución transformadora	39
Corrientes ideológicas en la Constitución de 1991	55
Logros y desafíos de una democracia constitucional en construcción	65
CAPÍTULO II - PERSONA Y ESTADO	83
La persona en el orden constitucional colombiano: una aproximación crítica	85
El Estado de Derecho en construcción	103
Principio de legalidad: sujeción a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia de las altas cortes	117
CAPÍTULO III - DERECHOS CONSTITUCIONALES Y GARANTÍAS	129
La eficacia de los derechos constitucionales y el impacto de la acción de tutela	131
Exigibilidad inmediata de los derechos sociales, protección y consecuencias económicas	143
Minorías, derechos y desarrollo	165
Constitución ecológica	189
El estado de cosas de inconstitucionalidad	203
CAPÍTULO IV - PARTICIPACIÓN, SISTEMA ELECTORAL Y PARTIDOS	225
Participación ciudadana en la toma de decisiones	227
El fortalecimiento de los partidos políticos: ¿Una tarea pendiente?	241
Organización Electoral en la Constitución de 1991	261
Transformación y evolución del sistema electoral	281



CAPÍTULO V - RELACIONES INTERNACIONALES	293
Ordenamiento interno y Derecho internacional	295
CAPÍTULO VI - MODELO DE ESTADO	319
Cómo superar el complejo de ilegitimidad	321
El Congreso en Colombia	347
La concepción territorial, su ordenamiento y organización	357
CAPÍTULO VII - LA JUSTICIA	369
Interpretación, control constitucional y procedimiento legislativo	371
Las reformas a la justicia en la Constitución de 1991: elementos para un balance	387
CAPÍTULO VIII - LOS ÓRGANOS DE CONTROL	401
La eficacia del control fiscal posterior y selectivo en la lucha contra la corrupción	403
CAPÍTULO IX - AJUSTES A LA CONSTITUCIÓN	417
Sustitución de la Constitución	419
Reformismo y banalización de la Constitución: la historia colombiana	433
El debate sobre la reelección presidencial	447
APÉNDICE - LA CONSTITUCIÓN PENDIENTE Y LA CONSTITUCIÓN DEL FUTURO	467
La Constitución pendiente	467
La Constitución del futuro	481





Prólogo

Resulta innecesario justificar que el constitucionalismo colombiano tuvo un profundo cambio con la promulgación de la Constitución de 1991. Un nuevo catálogo de derechos fue explicitado en el documento constitucional y, más importante aún, nuevos instrumentos fueron diseñados para su garantía. El conocido postulado neoconstitucionalista de hacer de la constitución una norma jurídica, es decir una norma que pueda ser exigida directamente, pretendió ser instrumentalizado por el Constituyente colombiano mediante distintas acciones judiciales diseñadas para exigir los derechos. Por ejemplo, con sus problemas y límites, la acción de tutela resultó ser el paradigma de acción constitucional garantista: la informalidad, procesos judiciales expeditos y una jurisprudencia constitucional activista han generado la expectativa de que la Constitución y los jueces constitucionales pueden señalar el camino para salir de los sistemáticos problemas de justicia social, política y jurídica del país.

Por otra parte, la Constitución de 1991 quiso superar una práctica política más autoritaria que democrática. Para ello, se pretendió establecer una forma de toma de decisiones democráticas fortaleciendo el Congreso de la República y limitando

los exorbitantes poderes presidenciales validados en la Constitución de 1886. Así, por ejemplo, se delimitaron las materias objeto de delegación legislativa, se definieron causales para decretar los estados de excepción y se establecieron límites temporales para la expedición tanto de los decretos legislativos como de los decretos ley.

A los 20 años de vigencia de la Constitución de 1991 se hace necesario estudiar cómo ha sido el desarrollo de los postulados y principios que fundamentaron el movimiento constitucional colombiano. De esta manera, la Fundación Konrad Adenauer (KAS) ha querido realizar un balance de los principios y las instituciones constitucionales con el fin de presentar una perspectiva general del constitucionalismo colombiano y trazar las líneas del futuro de la Constitución. En esta medida, después de numerosas discusiones coordinadas por la KAS, se definieron los temas centrales a ser tratados: (I) Constitución y democracia; (II) persona y Estado; (III) derechos constitucionales y garantías; (IV) participación, sistema electoral y partidos políticos; (V) relaciones internacionales; (VI) modelo de Estado; (VII) justicia; (VIII) órganos de control y (IX) ajustes de la constitución. En síntesis, el libro recoge los trabajos que reflejan los

elementos centrales de cada una de esas materias y que servirán de fundamento teórico para debatir en torno a los ajustes que deben dársele a la Constitución. En las siguientes páginas explicamos las problemáticas generales tratadas y una presentación general de los enfoques y propuestas de cada uno de los autores.

El constitucionalismo contemporáneo defiende un concepto de constitución referido a un conjunto de normas que, además de estructurar el poder político, presuponen un fundamento constitucional en los derechos y la democracia. En este orden de ideas uno de los postulados centrales del denominado –muchas veces de forma ambigua neoconstitucionalismo es que el fundamento de la constitución es la persona y específicamente la dignidad humana. En su trabajo, el profesor Rodrigo Uprimny nos muestra cómo la Constitución colombiana de 1991 “es un texto lleno de promesas de derechos y bienestar para todos”, que se centra en una “vocación transformadora que es común a buena parte del constitucionalismo latinoamericano reciente”, el cual le apuesta a una transformación social “por medio de una ampliación de los mecanismos de deliberación y participación democrática”, incorporando, “además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democráticas”. En desarrollo de lo anterior Uprimny identifica “dos nuevos rasgos del constitucionalismo colombiano: de un lado, un esfuerzo por tener democracias fuertes, gracias a la innovación y transformación de la democracia, repensando y reformulando sus formas y espacios; y de otro lado, la adopción de formas de constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo.” En este sentido el trabajo busca enfatizar “los retos que subsisten para lograr realmente una constitución transformada que combine una democracia fuerte con un constitucionalismo fuerte,” ya que “en cierta forma hoy tenemos en Colombia un neoconstitucionalismo fuerte pero una democracia débil.”

En todo caso, se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional que el Estado y la constitución tiene por fundamento dicha dignidad. En este orden de ideas, la Constitución Política establece en su artículo 1º que el Estado se funda “en el respeto de la dignidad humana. Camila Herrera y Gabriel Mora observan cómo el fundamento del constitucionalismo colombiano es la dignidad humana pues si se prescindiera de su reconocimiento, “el Estado colombiano se desfigura y el orden constitucional se diluye y pierde su razón de ser”. Los autores observan como los artículos 1, 5, 14 y 94 de la Constitución reconocieron la fundamentación del concepto persona para la justificación del constitucionalismo colombiano, de cuya formulación se concluye que el estatuto jurídico de la persona humana es una realidad preexistente y del cual se derivan “una serie de obligaciones relativas a su protección”. Es de resaltar que de acuerdo a Herrera y Mora, pese a que la Corte Constitucional ha tenido múltiples aciertos, también ha proferido “una jurisprudencia diametralmente contraria al espíritu del constituyente, o lo que es lo mismo, ha pervertido la noción constitucional de persona”. Para ellos, uno de los ejemplos paradigmáticos de la “extrapolación del poder judicial” es la despenalización del aborto que en definitiva ha pervertido la noción constitucional de persona. De lo anterior concluyen que “no se puede deducir todavía la futura distinción entre persona y sujeto de derechos, sino como máximo, una distinción entre el concepto de persona según el Derecho Civil y el concepto de persona en el Derecho Constitucional”.

Ahora bien, la justicia constitucional puede ser definida como aquella encargada de proteger y garantizar los derechos relacionados con la dignidad humana. En el artículo escrito por Alfonso Palacios, se presenta una visión personal del autor en relación con la justicia constitucional. El



autor plantea “el significado que han tenido los derechos fundamentales y su mecanismo de protección estrella, la acción de tutela, dentro de la vida jurídica colombiana a partir de su implementación en 1991”. En este sentido la hipótesis a lo largo del escrito es cómo el citado mecanismo procesal para la justiciabilidad de los derechos fundamentales “terminó siendo determinante en la definición del objeto de protección –los derechos fundamentales- y, *contrario sensu*, no un simple instrumento de protección o aplicación de los mismos.” Para Palacios, a partir de 1991 el concepto de derechos fundamentales se ha construido con ayuda de pilares teóricos, pero con una innegable y determinante esencia de realidad, que lo enriquece y lo llena de matices que acaban delineando el contorno de lo que en cada situación es un derecho fundamental. Por otro lado, a lo largo del trabajo se argumenta que en la práctica constitucional se presentó una mutación “en el sistema colombiano de garantías *iusfundamentales*: el paso de considerar la acción de tutela un mecanismo subsidiario, a ser la herramienta principal en la protección de los derechos fundamentales”. De acuerdo a lo abordado en el artículo se termina evidenciando la necesidad de que hayan “serios correctivos en el actuar de la administración pública, para evitar que el mecanismo de corrección se convierta en la punta de lanza de la política pública de garantías *iusfundamentales* es el Estado colombiano”,

En diferentes capítulos del libro se evidencia como uno de los problemas a los que se ha enfrentado la justicia constitucional colombiana tiene que ver con la exigibilidad de los derechos sociales. Oscar Parra Vera expone como la Corte Constitucional ha tenido un activo papel en lo referente a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales. Para él dicha tarea no le ha resultado sencilla, si se tiene en cuenta que hay una “profunda brecha entre los postulados

constitucionales y la difícil realidad colombiana”. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado de la mano con la dinámica social que afronta el país, con el fin de “alcanzar transformaciones estructurales mucho más allá de los casos concretos analizados por vía de tutela” y que ha conllevado a un sin número de debates para establecer los criterios que ha utilizado la Corte para analizar los derechos sociales como derechos fundamentales.

En este contexto, resulta interesante el estudio presentado por el profesor Lucas Grosman en torno a la exigibilidad de los derechos sociales desde una perspectiva comparada de los casos argentino y colombiano. Para Grosman la exigibilidad de los derechos dependen más de cuestiones presupuestales que de su categorización. En este sentido, las diferencias entre los derechos radica “en que en algunos casos la escasez de los recursos es más relevante para la decisión judicial” que cuestiones conceptuales u ontológicas. En definitiva la exigibilidad de un derecho depende de la capacidad presupuestaria. Dicha capacidad “constituye un aspecto sobre el cual la Corte debe pronunciarse para hacer efectivo el derecho en cuestión”, teniendo en cuenta que la ésta se encuentra inmiscuida en la relación y tensión de los derechos sociales, la escasez de los recursos y el remedio. Para fines de este estudio, el autor hace un estudio comparado entre los casos de los desplazados tratados por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-025 de 2008 y de las cárceles argentinas definido por Corte Suprema argentina en el caso Verbitsky. En un sentido similar, Magdalena Correa explica las limitaciones de la implementación de la igualdad política de las minorías en el país. Argumenta que, si bien la inclusión de los grupos desaventajados en el panorama político y jurídico del país. Reconoce que en la práctica jurídico-política se ha fortalecido el discurso a favor de las mujeres, comunidades

indígenas, comunidades o grupos de afrodescendientes, personas de la tercera edad, discapacitados y la población LGTB. Sin embargo, concluye que los retrocesos en la lucha contra la discriminación injustificada también son evidentes y da cuenta de ello “el bajo desarrollo de preceptos de tipo orgánico, funcional y presupuestal, que den cuenta a las políticas públicas de inclusión”.

Los estudios de los profesores Grosman y Correa dan muestra de las dificultades del constitucionalismo y la justicia constitucional para enfrentar casos estructurales de violaciones de derechos. En estos casos la función judicial se ve especialmente limitada por distintos aspectos políticos, económicos, culturales, jurídicos y sociales. En este orden de ideas, Vanessa Suelst Cock define al estado de cosas de inconstitucionalidad como la figura utilizada por la Corte Constitucional para enfrentar las violaciones estructurales de los derechos como consecuencia de la desatención estatal y las fallas de las políticas públicas. “No obstante, la figura ha sido duramente criticada por ser una “invención” de la Corte Constitucional que no tiene ningún contenido normativo en la Constitución que le de sustento o permita su construcción jurisprudencial”. A pesar de las diversas posiciones que hay sobre el tema, el propósito del artículo se centra en “explicar la construcción del estado de cosas inconstitucional”, en cuanto a sus elementos y procedimientos, para finalmente examinar la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional que enfrentó la problemática del derecho a la salud, estudiando si este caso correspondía efectivamente declarar un estado de cosas de inconstitucionalidad de conformidad con los precedentes de dicha Corte.

En un sentido similar, la práctica constitucional se ha visto enfrentada a la problemática de resolver los temas ambientales. En el trabajo de Jose Manuel Sandoval se muestra como los

asuntos concernientes al medio ambiente, fueron “uno de los hitos más relevantes” incorporados en la Constitución de 1991, al configurar un cambio en el paradigma que se tenía del Estado con relación a los recursos naturales, convirtiendo así la perspectiva ecológica en uno de los fines del Estado colombiano. En este sentido, se argumenta que en la sociedad colombiana se venía “forjando mayor conciencia y conocimiento sobre la crisis ambiental generalizada”. Sin embargo, el autor resalta que hoy después de 20 práctica constitucional, se hace necesario hacer un balance “de los arreglos normativos que en materia de ambiente y recursos naturales se forjaron”, utilizando herramientas del derecho constitucional ambiental, con el fin de dar respuestas sobre si las limitaciones que en este momento se presentan en torno a la implementación y cumplimiento de los preceptos ambientales de la Constitución colombiana del 1991 “subyacen en su mismo diseño o si corresponden a factores externos a la misma”.

En todo caso, y con las limitaciones que demuestran los trabajos compilados en esta obra, las constituciones son concebidas como un instrumento para limitar el poder y proteger de los derechos de las personas. En efecto, en las distintas constituciones se explicitan los derechos humanos, se consagran distintos mecanismos para su protección y se definen provisiones para estructurar y limitar el poder. Por otra parte, el constitucionalismo contemporáneo propugna por la democracia como sistema legítimo de toma de decisiones. Sin embargo, la unión de los ideales constitucionalistas y democráticos no es tan simple. En principio, el fundamento de las ideas de constitución y democracia implica supuestos distintos: la sujeción a reglas y el autogobierno. La Constitución, en este sentido, es un límite a la democracia y el ejercicio del autogobierno, una excepción a la obligación de seguir las reglas



constitucionales. En otras palabras, el problema constitución vs democracia es el de la autoridad de las normas vs el derecho a autogobernarse. Una de las cuestiones que se deben solucionar para enfrentar el conflicto constitución-democracia es establecer, por una parte el carácter democrático de la promulgación de los textos constitucionales y por la otra la naturaleza jurídica de las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos. Asimismo se debe tener en cuenta que la legitimidad de los órganos políticos en la constitución colombiana depende tanto de la protección efectiva de los derechos como de su estructura y funcionamiento democrático, al punto que se ha llegado a pensar que el carácter democrático de las instituciones políticas hace presumir que la legitimidad de sus decisiones.

Sobre las características políticas del movimiento constitucional que se desencadenó en la Constitución de 1991, Hernán Olano García defiende que los sucesos políticos no se limitaron al proceso que tuvo inicio con la Asamblea Nacional Constituyente, sino que dependieron de la superación de varias etapas históricas. Para Olano García, existieron innumerables factores que influyeron las movilizaciones de los sectores estudiantiles con el fin de llevar a cabo una transformación en la dinámica política y jurídica del país, factores los cuales son expuestos esquemáticamente en su trabajo, y que buscan dar una mirada a un proceso democrático sin precedentes en la historia constitucional de Colombia. En este orden de ideas Leonardo García Jaramillo explica que la práctica constitucional en torno a la constitución de 1886 estuvo enmarcada en una tensión constante entre los movimientos políticos, lo cual ha conllevado a la "volatilidad temporal" de los textos constitucionales. García JARAMILLO argumenta que a pesar de la validez formal de dichos textos no contaban con una legitimidad política dado el carácter estrictamente

negociado de su promulgación y la exclusión de amplios sectores de la sociedad. El autor defiende que la Constitución de 1991 logró romper esa dinámica constitucional que venía caracterizando a la sociedad colombiana y se convirtió en el "pacto social más democrático que ha tenido el país en dos siglos de existencia republicana". Siguiendo esta línea, el objetivo central del trabajo es analizar los principales elementos del nuevo constitucionalismo colombiano, que se caracteriza por un principio mayoritario restringido en el cual es fundamental incluir en el debate institucional a las distintas facciones y tener en cuenta los intereses de todos.

En este orden de ideas Antonio Lizarazo explica cómo la Constitución de 1991 fue "una reacción de la sociedad colombiana contra quienes se afeerraban a la violencia como supuesta expresión valedera de una determinada posición política." Por tanto la incorporación al texto constitucional "de la democracia participativa como eje central de la nueva organización del Estado y de la sociedad", abrió el camino hacia la adopción de reglas para la participación, "como un derecho fundamental de los ciudadanos", que no se limitó a la esfera política, sino que se hizo extensiva a otras formas de participación en "procesos decisorios no electorales". Para este autor, "las principales transformaciones en materia política y electoral se inspiraron en la necesidad de promover el pluralismo político, ampliar los espacios y mecanismos de participación, e incluir a las minorías étnicas en diversos escenarios de decisión política". De acuerdo a lo descrito, el artículo "pretende examinar algunos aspectos del modelo de democracia participativa adoptados en la Constitución de 1991, en particular lo relacionado con el sistema electoral" y a modo de conclusión busca demostrar que a pesar de las aspiraciones de la "Constitución de 1991 en relación con las variables del sistema electoral", realmente "no implicó más que la constitucionalización

zación de reglas existentes antes de 1991”, por lo tanto todavía nos encontramos en un proceso de desarrollo para lograr materializar en Colombia la democracia participativa.

En esta línea de pensamiento, Fernando Giraldo, expone que a partir de “la Constitución de 1991, en Colombia, el debate académico, político, social e institucional sobre la participación se ha incrementado, favoreciendo la práctica participativa y el constante reclamo de vigencia y desarrollo de la misma. “Sin embargo, dicha polémica no ha estado exenta de altibajos que se relacionan con unas dimensiones conceptuales de cómo entender la democracia participativa en relación con la representativa, así como la comprensión sobre la democracia directa e indirecta”. En este sentido el objetivo de artículo es “evaluar la vigencia de la democracia participativa”, de acuerdo “al desarrollo del conflicto interno y la forma de cómo ésta ha sido atendida en sus diferentes momentos, posterior a la expedición de la actual Constitución”, con el fin de establecer que de una u otra forma la democracia participativa se ha visto “afectada por el desconocimiento sobre los diferentes instrumentos existentes y por la falta de mayor voluntad de los agentes públicos y del Estado para procurar, animar, demandar, incentivar, reconocer y premiar dicha participación”.

Fernando Mayorga García argumenta que en un sistema democrático la legitimidad del poder depende especialmente del sistema electoral mediante el cual el pueblo designa a sus representantes. Para MAYORGA, con el objeto de garantizar tanto el principio de igualdad como la transparencia y la objetividad en la decisión expresada por los votos durante el proceso electoral, debe existir “una organización electoral, un aparato burocrático necesariamente estatal, dotado de un grado determinado de independencia y autonomía, que debe proyectar ante la sociedad una

imagen de confianza y credibilidad”. En su trabajo el autor defiende que es fundamental para la legitimidad de los procesos electorales determinar si los organismos que conforman la organización electoral “deben estar colocados al margen de la política partidaria o si en ellos debe buscarse la participación directa de los grupos o partidos políticos de manera que se neutralicen mutuamente lográndose así la objetividad de sus actuaciones”. Para ello se debe definir “tanto la naturaleza de quien escoge o selecciona sus integrantes como las condiciones que deben tener los elegidos (juristas, políticos, personas de otras disciplinas, experiencia anterior, etcétera) y el tiempo de duración de su tarea”.

En torno a la regulación de las organizaciones políticas, es decir Partidos políticos, los Movimientos políticos, Agrupaciones políticas, Organizaciones sociales y Grupos significativos de ciudadanos, Flor Alba Padrón explica que en Colombia se identifican dos etapas: la primera configurada desde el momento en el que entró en vigor la Constitución de 1991 y la segunda con la reforma constitucional adoptada en el 2003. La autora defiende que la regulación de las organizaciones políticas tuvo como fin la “materialización del principio del pluralismo político”. Sin embargo, “ha sido un fracaso, debido a la desconexión entre el marco normativo y la realidad”, lo que ha llevado a “una baja calidad en las leyes y un exceso de protagonismo del papel de la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional de las leyes”.

El conflicto entre los principios que justifican la constitución y la democracia se hacen latentes cuando a un órgano judicial se le otorgan facultades para anular las decisiones tomadas por los órganos democráticos. En este orden de ideas, Caludia DANGOND explica que el Congreso de la Republica, dentro de una democracia deliberativa, juega un papel fundamental como órgano



de deliberación y toma decisiones. Sin embargo, éste órgano durante años ha sido el centro duras críticas en Colombia, razón por la cual la constituyente de 1991 decidió hacerle algunas reformas tendientes a fortalecer la democracia deliberativa y la democracia representativa en el país. No obstante, las reformas efectuadas “no han tenido los desarrollos, ni dado los resultados, ni ha producido los cambios que se esperaban tener”, algo que se debe en parte, a que los congresistas no tienen la voluntad de “recuperar su independencia respecto del poder ejecutivo”. Siendo un claro ejemplo “la función del control político que se le otorgó al Congreso”, la cual apenas si ha sido utilizada. Es así que “la función legislativa del Congreso y sobre todo su contundencia, se ha visto menguada por la acción de la Rama Judicial, concretamente de la Corte Constitucional que con sus sentencias parece estar legislando, a veces más que el propio Congreso de la República”.

Fabio Pulido Ortiz explica que en una democracia se espera que las decisiones políticas sean tomadas por autoridades con origen democrático, como es el Congreso República. En su trabajo el autor muestra cómo los límites procedimentales y sustanciales de las decisiones políticas deben ajustarse al texto constitucional. Además, observa que dado el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, los límites procedimentales y sustanciales del Congreso deben identificarse en los precedentes judiciales constitucionales. Sin embargo, PULIDO ORTIZ concluye que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien ha tenido un papel mucho más activo en el control de fondo de las decisiones del Congreso, el control en el procedimiento de los actos de reforma constitucional y leyes ha sido mínimo, concretándose un control de tipo formal y que por tanto no robustece el carácter democrático de los procesos de toma de decisiones.

El trabajo de Pulido Ortiz evidencia uno de los tópicos de discusión en los 20 años de la Constitución de 1991: el valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. En este sentido, María José Mantilla explica que la Constitución de 1991, y en función del principio democrático, constituyó al principio de legalidad como un elemento fundamental para hacer efectivos los fines del Estado. Dicho principio implica que tanto los particulares como los servidores públicos fueran vinculados a los preceptos señalados por la ley y la Constitución, la cuales son “normas jurídicas de carácter general emanadas por el órgano de representación popular”. La autora explica como el fin que tenía la constituyente de 1991 no ha traído consigo los efectos esperados en la práctica jurídica, “haciéndose necesaria la inclusión de la jurisprudencia de las Altas Cortes como elemento determinante para asegurar a la sociedad una vida estatal acorde con el principio de legalidad”. Partiendo de lo anterior, el principio de legalidad ya no se limita a sujeción a la Constitución y a la ley, sino también el acatamiento de la jurisprudencia.

El problema del valor de la jurisprudencia en el sistema constitucional colombiano no se ha limitado al de la Corte Constitucional. Dicha cuestión se ha extrapolado a la jurisprudencia de los otras Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura) e incluso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juana Acosta y Álvaro Amaya señalan que las Altas Corte en Colombia paulatinamente “han incorporado la doctrina y la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos especialmente en asuntos de naturaleza constitucional, administrativo y penal”. Para ellos esta incorporación no ha dependido exclusivamente del bloque de constitucionalidad establecido en la Constitución de 1991, sino que las Altas Cortes han recogido interpretaciones hechas por la jurisprudencia in-

ternacional, adquiriendo así “una dinámica propia, ligada a figuras tales como las del control de convencionalidad y la interpretación *pro persona*”. De este modo la jurisprudencia internacional, se ha convertido en una extensión del bloque constitucional y fuente de interpretación para “llenar de contenido los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia”. Todo esto ha traído consigo, de acuerdo al análisis hecho por los autores, que la jurisprudencia internacional se haya convertido en una “fuente vinculante para Colombia” alejándose cada vez más de la tradicional concepción de que de las decisiones judiciales internacionales son simples criterios auxiliares de interpretación.

Ahora bien, la constitución puede ser definida en un sentido amplio como el conjunto de normas que estructuran el poder político de conformidad con los derechos humanos y la democracia. A pesar de la fórmula establecida en el artículo 1 de la Constitución Política según la cual Colombia es un Estado Social de Derecho, a lo largo de los 20 años de vigencia de aquella se sigue discutiendo acerca de los alcances de dicha fórmula. En el trabajo del profesor Álvaro Motta señala que la realización Estado Social de Derecho es “una tarea permanente para un ordenamiento jurídico” y su construcción está “en constante evolución, pues la misma Constitución lo está. Por otro lado, el autor resalta que para la construcción del Estado Social de Derecho, se requiere antes que nada fortalecer las instituciones en aras de la seguridad jurídica, particularmente perfeccionando y robusteciendo la administración de justicia.

Desde los primeros modelos liberales de estado se ha entendido que no puede existir estado de derecho sin una administración de justicia independiente y eficaz. En este orden de cosas resulta más que pertinente el trabajo de Germán BURGOS, para quien la reforma judicial incorporada en

la Constitución de 1991 estuvo ligada, entre otros, a cuatro objetivos centrales: eficacia, independencia, control judicial del poder y accesibilidad. Para ello, la Constitución ideó diferentes ajustes institucionales entre los que el autor destaca: la creación de (1) la Corte Constitucional, (2) el Consejo de la Judicatura, (3) la Fiscalía General; (4) la implementación de 4 acciones constitucionales; y la (5) “desestatización parcial del servicio de justicia” prevista para “promover un mayor acceso ciudadano” a la administración de justicia. El autor concluye que mediante los citados arreglos institucionales “se ha logrado un mayor control judicial al poder político”, se ha mejorado los índices de accesibilidad a la justicia, además de “la creación del Consejo de la Judicatura que ha permitido contar con condiciones de infraestructura y gestión judicial más óptimas” y “en materia de independencia se ha logrado contar con jueces más profesionalizados vía la extensión de la carrera judicial”. El doctor Burgos señala que las dificultades más destacadas en la administración de justicia colombiana son (1) “la ineficacia en la persecución institucional del crimen”, (2) “un activismo excesivo de la jurisdicción constitucional en aspectos relacionados con el ámbito de decisión económica y social del Ejecutivo y el Legislativo”, (3) “la congestión, la morosidad judiciales” y los problemas en independencia judicial a causa de las “restricciones presupuestales y por las amenazas o presiones de diverso orden que afectan a los operadores judiciales”.

El trabajo de Rodrigo Pombo gira en torno de las novedades en la organización territorial diseñada en la Constitución de 1991. Desde una perspectiva crítica el autor define que la edificación de la Constitución de 1991, se asentó más en “esperanzas políticas que realidades jurídicas”, siendo así contundentes sus “aciertos políticos e históricos no así jurídicos”, algo que se evidenció en la organización territorial del país, donde no



hubo “unidad de criterio, de técnica jurídica y se presenció la ausencia de una visión afinada en las tesis contemporáneas que lo rigen, a saber: el protonacionalismo y la glocalización”. En este sentido, mediante el análisis que hace el autor se encuentra cómo en la Constitución no hubo una claridad conceptual en la organización y visión del territorio, lo que ha llevado a que Colombia actualmente no cuente con un “verdadero estatuto territorial”, ni mucho con las herramientas que nos permita “consolidar ciudades-región”. A decir verdad no poseemos “una Constitución ejemplar, novedosa, creativa y, lo más importante, útil para poder entender, comprender y desarrollar las herramientas que, desde lo territorial, permitan sacar de la pobreza material a la comunidad colombiana”, algo que parte debemos a que Constitución de Colombia a no se edificó pensando en la construcción de un Estado con un “sistema jurídico ejemplar”, sino en un “pacto político de paz”.

Por su parte, Juan Carlos Galindo expone que una de las más importantes transformaciones que trajo la Constitución de 1991 fue la “Contraloría General de la República y su función controladora respecto de los recursos públicos”. Algo que ha implicado cambios en funcionamiento no solamente desde el “punto de vista conceptual sino también operativo”. Pero a pesar de reformas hechas, actualmente la Contraloría presenta problemas de eficacia, lo que ha llevado a que en este momento se estén implementando cambios tendientes a mejorar sus resultados, “en beneficio no solamente del órgano de control sino del Estado y de la sociedad colombiana”. Aunque para obtener los resultados que se esperan, debe de aplicarse penas mucho más fuertes para los “delincuentes que atacan el patrimonio público y el funcionamiento mismo del Estado”.

A lo largo de la obra se observa como la implementación de una constitución política no

depende exclusivamente del acto formal de promulgación. Todas las constituciones cuentan con mecanismos de ajuste que le permiten adecuarse a los cambios de circunstancias. Tales mecanismos pueden ser formales o informales. Los formales son aquellos mecanismos diseñados por los propios textos constitucionales con el objeto de hacer los ajustes necesarios. En cambio los mecanismos informales dependen de elementos sociales, morales, económicos y políticos que exigen a la práctica constitucional ajustes. En este sentido, la Constitución Política de Colombia definió que la misma podía ser modificada por el Congreso (mediante actos legislativos), el Pueblo (mediante referendo) o una Asamblea Constituyente (mediante actos reformativos). Uno de los problemas a los que se ha tenido que enfrentar el constitucionalismo colombiano es el de los límites de la reforma constitucional.

El trabajo de Juan Carlos Lancheros nos enseña que ha sido la Corte Constitucional quien ha establecido los límites de para introducir reformas a la Constitución, mediante la doctrina de la sustitución de la constitución. Siendo así, “la Corte Constitucional ha entendido que la sustitución de la Constitución es un vicio formal consistente” en la extralimitación de las facultades otorgadas a la autoridad con competencias para modificar la Constitución”. Sin embargo el profesor Lancheros, observa cómo la Constitución Política de 1991 “no establece cláusulas inmodificables, no prescribe expresamente límites al Congreso de la República para que ejerza la facultad constitucional de reformar la Constitución y no se refiere al requisito de sustitución de la Constitución”. Por tanto, “resulta útil dar cuenta del estado actual de los problemas que supone el ejercicio y facultad de reformar la Constitución Política”, donde la Corte Constitucional “mediante el veto de decisiones políticas emanadas del Congreso de la República, ejerce un poder constituyente no sujeto

a control ni límites”, el cual resulta ser un “poder de hecho, no derivado, un poder auto-atribuido, no otorgado”, que puede ser “perjudicial para el sistema democrático y para el Estado de Derecho en general”.

En torno a la reforma constitucional, el trabajo de Lina Escobar analiza cómo “la tendencia a reformar continuamente las constituciones ha estado asociada a la rigidez de las mismas y a las ambiciones de los ejecutivos de turno”. “En el caso colombiano, el texto constitucional ha estado enmarcado en un contexto permanente de reformas constitucionales”, “siendo vista como una carta de batalla (Valencia Villa) en donde quien lograba el triunfo político imponía una nueva Constitución o en su defecto una reforma a la existente.” Para lograr una aproximación a este fenómeno, en el artículo se hace un “recuento de las diferentes posturas teóricas y jurisprudenciales sobre el papel de los tribunales constitucionales en materia de control de reformas a la Carta Política”, con el fin de evidenciar “el cambio en los roles de los diferentes actores políticos, en donde poderes constituidos modifican sustancialmente, bien sea por mecanismos formales o informales” y cómo “las constantes reformas muestran en un inicio que las sociedades no han logrado los acuerdos básicos en torno a su existencia y a su compromiso de vital subsistencia en libertad e igualdad”.

En un estudio específico sobre las reformas constitucionales en torno a la reelección, Nicolás FIGUEROA señala que la Corte Constitucional ha reducido las alternativas que se encontraban disponibles para la reforma de nuestro ordenamiento constitucional, construyendo pretorianamente los elementos de la esencia de la Constitución. El autor resalta que en la sentencia C-141-2010 se estableció que los actos de reforma constitucional no puede ser “redactados con nombre propio ya que comprometen la idea de una democracia plu-

ralista”. Figueroa concluye que en todo caso debe implementarse una reforma a la Constitución para ajustar la reelección presidencial y robustecerse el debate en torno al tema. Por último dice que “no debemos cerrar la puerta a propuestas dirigidas a introducir un régimen semiparlamentario en el país sólo por temor a alejarnos a nuestra larga tradición presidencial”.

En definitiva, los distintos trabajos que se compilan en esta obra resultan ser el punto de partida de la necesaria discusión que debe darse en la práctica jurídica, política y académica colombiana en torno a los logros y desafíos de la Constitución de 1991 y a los derechos, la justicia y la organización del poder en Colombia. En este sentido, esperamos que esta obra estimule o robustezca tan necesario debate.

Stefan Jost

Juan Carlos Lancheros

Fabio Pulido Ortiz





• INTRODUCCIÓN •





Introducción

Los momentos fundacionales de la Constitución Política de 1991

Por: Stefan Jost

INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional clásica define por poder constituyente “la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico político fundamental originario por medio de una constitución, y a reformar a esta total o parcialmente cuando sea necesario” (Linares Quintana, 1970, p. 405). Se reconoce que dicho poder está por fuera de lo jurídico en el sentido que desborda las reglas. En otras palabras, el poder constituyente es una fuerza histórica política que es capaz de fundar un ordenamiento jurídico. Sin embargo, mucho se ha escrito en torno a la naturaleza real del poder constituyente. En un famoso escrito, Genaro Carrio explicaba cómo las concepciones tradicionales del poder constituyente no hacen más que construir expresión pseudo-normativa en búsqueda de un fundamento incondicionado de los ordenamientos jurídicos. Decía Carrio “la idea de una competencia sin reglas de las que se derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total” (2001, p. 49). Para el citado

autor, es imposible la búsqueda de una fuente ilimitada del poder jurídico pues “tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y expresión”. (p. 57). En todo caso, Carrio recordaba que la utilidad de la teoría del poder constituyente debe encontrarse en su conexión con los ideales de la democracia. En este orden de ideas, la utilidad de teoría del poder constituyente depende de una concepción efectiva que justifique y explique las constituciones concretas.

Se puede concluir entonces que la relevancia del documento constitucional de 1991 depende de su justificación política y jurídica. En otras palabras, para fundamentar la relevancia jurídica política de los textos constitucionales no se puede recurrir, sin más, al poder constituyente. En términos políticos, la legitimidad de las constituciones esta especialmente ligada al conjunto de sucesos que determinaron su promulgación. La relevancia práctica de la teoría del poder constituyente es incuestionable. Por ejemplo, dentro de las teorías de interpretación constitucional resultan de indudable importancia las

concepciones originalistas, según las cuales los jueces constitucionales se deben tomar en serio el documento constitucional dada la importancia política e histórica del momento en el que se promulgó (Chemerinsky, 2006).

En definitiva, la legitimidad de una práctica constitucional que incorpore a la democracia como ideal regulativo depende de una correcta explicación y justificación de su momento fundacional. En términos simples, ¿por qué obedecer un texto normativo que no fue promulgado en concordancia con los principios de la democracia? La justificación democrática de la constitución debe definir los límites y alcances de la idea del poder constituyente y en consecuencia de la misma constitución. Además de su función legitimadora, los actos políticos que dan origen al poder constituyente sirven como explicación de la estructura del poder diseñada en la constitución.

Siguiendo a Bruce Ackerman (1991), las teorías democráticas pueden ser monistas o dualistas. Las primeras conceden una autoridad total a los poderes políticos vigentes. Por el contrario, una teoría dualista distingue entre los actos democráticos ordinarios y los momentos constitucionales. Las decisiones políticas tomadas por el pueblo mismo en los momentos constitucionales se caracterizan por el hecho de que los ciudadanos y el gobierno discuten con especial persistencia en torno a la necesidad de realizar profundos ajustes institucionales. En palabras de Ackerman y Rosenkrantz, “los momentos constitucionales se caracterizan por el hecho que un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales [...] todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema

que se discute y [...] existe una mayoría partidaria de una forma de solucionar el problema”¹.

Los momentos constitucionales son aquellas situaciones extraordinarias en las que las sociedades llevan adelante actos colectivos tendientes a generar cambios profundos en el diseño institucional del Estado. Los procesos constituyentes, en este sentido, son el resultado de una suma de factores sociales, económicos y políticos. En otras palabras, la identificación de lo que la teoría constitucional llama poder constituyente no se puede hacer sin comprender los contextos políticos que le dieron origen. Esto es lo que constitucionalistas contemporáneos como Laerence Solum (2010) entienden como significado original de la constitución. Para este autor, la correcta interpretación de la constitución no depende de lo que quisieron los constituyentes sino del significado que las palabras tienen en el marco de momento constitucional en el que se promulgó.

En este ensayo se presenta un panorama general del conjunto de sucesos políticos y constitucionales que sirvieron de contexto a la Constitución de 1991. En la primera parte se hace un recorrido histórico desde finales de la década del setenta hasta 1991. En la segunda parte se presentan las distintas propuestas formales de reforma constitucional en las décadas de los setenta y ochenta y las discusiones judiciales en torno a ellas. Las ideas que surjan de este ensayo servirán para elaborar una concepción de la constitución de 1991 que vincule la importancia de dichos sucesos y su relevancia en la actualidad.

1 Ackerman Bruce y Rosenkrantz, Tres concepciones de la democracia constitucional, Centro de Estudios Institucionales.



CONTEXTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

Suele decirse que la colombiana es una de las democracias más estables del hemisferio. Sin embargo, la historia del siglo XX en Colombia estuvo marcada por diferentes conflictos armados y un diseño institucional, el cual si bien no obedeció formalmente a prácticas dictatoriales, generó prácticas democráticamente deficientes. En 1958 se llevó a cabo un acuerdo entre los partidos políticos dominantes conocido como el Frente Nacional, que pretendió terminar con el conflicto partidista, pero generando una institucionalidad excluyente. Como lo recuerda Luis E. Rodríguez:

«Quienes siguen insistiendo que el carácter excluyente del Frente Nacional dio origen a las guerrillas, pensarían que la Constitución de 1991 abrió los espacios políticos como nunca antes se había visto en la historia del país, y sin embargo, la violencia no ha cesado. De la misma manera, aquellos que continúan empeñados en hacer la apología del Frente Nacional, deberían preguntarse si el espacio bipartidista realmente contribuyó a sentar las bases de una mayor cultura política.»

Por otra parte, el uso recurrente de los estados de sitio y las facultades de excepción hizo que el ordenamiento jurídico colombiano y la práctica política se acostumbraran a la excepcionalidad y al hiperpresidencialismo. Incluso resultó típico que las grandes reformas o políticas estatales se llevaran adelante mediante el uso de facultades de emergencia.

Buena parte de la cultura jurídica colombiana desde 1949 se ha visto permeada por la figura de los estados de excepción, la cual ha sido utilizada como una forma de conjurar los problemas de orden público que se han suscitado en el país, debido al conflicto que viene dándose desde hace más de cinco décadas.

En 1957, después de la guerra civil denominada La Violencia, que se fue desarrollando antes, durante y después de que el General Rojas Pinilla estuviera en el poder, “los partidos políticos tradicionales —el Liberal y el Conservador— firman un acuerdo de paz y pactan alternarse el poder” (M. García, 2001, p. 318) como una forma de cesar el enfrentamiento que se estaba dando desde 1946, como bien lo describe Mauricio García Villegas, citando a Tirado Mejía. A este período que se caracterizó por la alternancia de los poderes entre los partidos hegemónicos de la época, se le dio el nombre de Frente Nacional y su primer presidente fue Alberto Lleras Camargo, quien subió al poder con un discurso bastante democrático y para demostrar esto, decidió que uno de sus primeros cambios debería estar dirigido a la implementación de medidas tendientes a regular el estado de excepción, “que había sido promulgado durante los anteriores nueve años de La Violencia” (M. García, 2001, p. 318). La finalidad de regular el estado de excepción fue establecer una diferencia importante entre las tendencias autoritarias que se venían dando en el país y así entrar en una etapa de democratización de poder, debido a que esta figura le venía otorgando prerrogativas legislativas especiales al presidente, envistiéndolo así de facultades exorbitantes.

Pero a pesar de regularse el estado de excepción en el territorio nacional o para ese entonces conocido como el estado de sitio, éste fue utilizado por el mismo Lleras cinco veces, debido a “la persistencia de La Violencia en algunas zonas del país y la crisis económica” del momento (M. García, 2001, pp.318-319).

Posteriormente cuando sube Guillermo León Valencia, del partido conservador, para el período 1962-1966, declara en 1963 nuevamente el estado excepción o de sitio “con el objeto de controlar un

paro cívico en los municipios de la zona petrolera del departamento de Santander. Por esta época los movimientos obrero y estudiantil salen del letargo en que los había sumido La Violencia" (M. García, 2001, pp.319-320). Es así que una figura que comenzó siendo utilizada para controlar los conflictos entre los partidos hegemónicos debido a La Violencia, comienza a ser usada en contra de las manifestaciones de diversos sectores de la sociedad. Como en 1965, en Medellín, cuando "una manifestación de estudiantes que repudiaban la invasión de los Estados Unidos a Santo Domingo", hace que el Gobierno establezca estado de sitio, por el cual se crearon consejos militares encargados de juzgar civiles, una jurisdicción que no sería declarada inconstitucional sino hasta 1987 (M. García, 2001, pp.319).

Al subir Carlos Lleras Restrepo al poder "hereda el estado de sitio" (M. García, 2001, p. 320) declarado por el anterior presidente, y bajo las facultades que le otorgaba, comenzó a tomar medidas mucho más fuertes dirigidas a limitar la libertad de expresión y libertad personal. Estas medidas cobrarían más fuerza después de que Misael Pastrana es elegido presidente por un estrecho margen de diferencia en las urnas, derrotando así a su contendor, el general Rojas Pinilla. Dichas elecciones causaron bastante controversia en el país y llevaron a que se desataran protestas, las cuales fueron reprimidas gracias al estado de sitio.

Estas medidas en contra de la población civil conllevaron al fortalecimiento de las manifestaciones como una forma de lucha y, al mismo tiempo, hicieron que el Frente Nacional causara cierta apatía y mala imagen en el país.

Las medidas adoptadas durante el Frente Nacional no hicieron cesar a las manifestaciones sociales y fue algo que marcó notoriamente la década de los setenta, durante las presidencias

de Alfonso López Michelsen y Julio César Turbay Ayala. Sin embargo, a medida que las protestas se iban intensificando en el país, también las medidas represivas en contra de la población. Un ejemplo claro se da cuando durante la administración de López Michelsen se expidió "un decreto por medio del cual se exoneraba de responsabilidad penal a los miembros de la fuerza pública que cometieran ilícitos en desarrollo de operaciones de prevención y represión" (M. García, 2001, p. 322). En 1978, Turbay sube al poder y promulga tan sólo un mes después de su posesión, el Decreto 1928 de 1978, más conocido como Estatuto de Seguridad, copia criolla de estatutos similares promulgados por aquella época en los regímenes militares del sur del continente" (M. García, 2001, p. 323). Mediante este Decreto se le adjudicaron nuevas competencias jurisdiccionales a la Fuerza Pública y se aumentaron penas de varios delitos.

La historia económica colombiana del siglo pasado tampoco resultó sencilla. En la década de los setenta, por ejemplo, la disminución del poder adquisitivo de los ciudadanos generó pobreza y aumento en los índices de desigualdad. Sin embargo, como consecuencia de las heladas en Brasil se forjó la "bonanza cafetera" que trajo un notable incremento en el producto nacional. A pesar de ello, la corrupción y la falta de una política pública de redistribución y correcta destinación de los ingresos terminaron en un aumento de inflación, desempleo y agitación social. La crisis socioeconómica hizo que las guerrillas adquieran importancia, se crearan comandos urbanos y se empleara el secuestro de empresarios sin el necesario reproche social. Además, en esta época, el narcotráfico desarrolló una 'economía clandestina', cuyos ingresos triplicaban el presupuesto nacional. Los problemas de orden público generados por el fortalecimiento de grupos armados al margen de la ley llevaron a que, entre los años 1978 y 1982, el Estado colombiano



incrementara esfuerzo y presupuesto para fortalecer las Fuerzas Armadas, de manera que pudieran responder al conflicto armado contra fuertes acciones desarrolladas por las guerrillas y restablecer el orden público. Asimismo, se redujeron los impuestos con el objetivo de estimular la capitalización privada. Por otra parte, el gasto público se destinó a obras de infraestructura y para ello fue necesario el endeudamiento externo.

En materia de orden público debe mencionarse el famoso Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978):

«Su propósito es defender las instituciones democráticas, hoy asediadas por serios peligros, y defender a los asociados de toda clase de asechanzas para lograr una patria donde se viva en paz, sin sobresaltos, con toda clase de seguridades para la vida y el trabajo».

Así justificaba el Ministro de Gobierno de la época, la implementación de un sistema de prosecución de “fuerzas subversivas”². En esos años, las Fuerzas Militares, en supuesta reacción contra con el accionar de las fuerzas ilegales y por temor de la “invasión del comunismo”, cometieron numerosas infracciones y violaciones al derecho internacional humanitario.

En 1982 se inició un nuevo período de la relación del Gobierno con los grupos insurgentes. Colombia inició esperanzada procesos de diálogo y negociación con dichos grupos, reconociendo incluso que no se trataba sólo de un problema de orden público y rebeldía, sino que dependía de las estructuras de injusticia e inconformidad de la ciudadanía con sus gobernantes. Ese mismo año, el grupo guerrillero M-19 tomó por la fuerza la embajada de República Dominicana. En

el mes de agosto, dicho grupo, en Corinto, Cauca, firmó con el Gobierno un acuerdo de tregua, en el cual se comprometió al cese de hostilidades; sin embargo, se negó al desarme. Mientras tanto, las FARC se consolidaron creando alianzas con otros núcleos políticos y dando fuerza a la naciente Unión Patriótica.

En el terreno económico, a mediados de la década del ochenta, el Fondo Monetario Internacional, FMI, inició una fuerte presión por los pagos de la deuda externa, la cual llevó a cambios en la política económica tales como la disminución de impuestos para abrir la posibilidad a inversiones extranjeras. Estas prácticas políticas del FMI anticipan el que para muchos es el hito histórico que marcará el futuro socioeconómico global: el Consenso de Washington de 1989. Dicho consenso definió un modelo abierto y liberalizado para Latinoamérica con el objeto de superar los déficits fiscales de los países. Las medidas ideadas en el consenso fueron: disciplina fiscal, reordenamiento del gasto, reformas tributarias que fomentaran la liberalización y el capital privado, liberalización de tasas de interés, liberalización del comercio internacional y de la entrada de inversiones extranjeras directas, privatización, desregulación y títulos de propiedad.

Los narcotraficantes le declaran la guerra a los jueces y gobernantes que los persiguen. En 1984, el Ministro de Justicia fue asesinado por sicarios del Cartel de Medellín. Los carteles de la droga arremetieron contra la Rama Judicial asesinando a sus miembros. El 16 de noviembre, 223 narcotraficantes dieron origen al grupo ‘MAS’ (Muerte a los Secuestradores), generando temor en la población, más aún cuando en terribles hechos se vio comprometido personal de las Fuerzas Armadas de Colombia. El Cartel de Medellín creó el grupo de ‘Los Extraditables’ con el objeto de presionar a políticos y magistrados para evitar la aprobación del tratado de extradición que

² *El Espectador*, nota publicada el 6 de septiembre de 2008.

estaba siendo estudiado por la Corte Suprema de Justicia.

El 6 de noviembre de 1985, un grupo comando del M-19 tomó por asalto el Palacio de Justicia, en el centro de Bogotá. Como resultado de la toma y de las acciones de las Fuerzas Armadas para la retoma, resultaron 89 personas muertas (incluidos 11 magistrados) y otras desaparecidas. Según el M-19, el objetivo de la toma era juzgar al Presidente de la República por su traición en los diálogos de paz. Para algunos, la toma del Palacio fue el resultado de una serie de actos de violencia contra los jueces colombianos como retaliación por la persecución del narcotráfico y la aprobación del tratado de extradición. En un conocido panfleto, los narcotraficantes amenazaban al Magistrado Carlos Medellín en los siguientes términos:

«No te habíamos escrito antes porque pensábamos equivocadamente que actuarías con sensibilidad, con nacionalismo y en forma imparcial y jurídica con el asunto de las demandas del tratado de extradición [...] Pensamos que con las llamadas telefónicas serían suficientes [sic]. Pero no. Te convertiste en socio de quien encabeza la lista de futuros aspirantes a propietarios de fosas en los Jardines de la Paz [...] si el tratado de extradición no cae, derrumbaremos la estructura jurídica de la Nación. Ejecutaremos magistrados y miembros de sus familias. Estamos dispuestos a morir. Preferimos una tumba en Colombia a un calabozo en Estados Unidos. Si actúas con inteligencia, con silencio [...] no pasará nada. Serás el responsable de tu propio futuro y el de tu propia familia. No estamos jugando. No todos nuestros enemigos pueden gozar del privilegio de la notificación y el aviso. Actuamos de sorpresa»³.

3 *El Colombiano*. Recuperado en: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/M/m19-narcos_un_intergante_abierto/m19-narcos_un_interrogante_abierto.asp.

El 13 de noviembre de ese mismo año, el volcán nevado del Ruiz hizo erupción y generó una avalancha por el deshielo. La avalancha golpeó particularmente al municipio de Armero y causó la muerte de más de 20.000 personas. Además de la tragedia humanitaria que generó el hecho natural, no faltaron las voces de protesta por la falta de previsión y de atención de las autoridades estatales.

En 1986 se da inicio a una nueva era democrática que permite elegir mediante elecciones populares a alcaldes (as), se consolida el movimiento político de las FARC y se cierran las posibilidades de continuar con el desarrollo de los diálogos de paz ya que la iglesia católica, la prensa escrita y los grandes empresarios, manifiestan que los grupos armados de izquierda no tienen interés de dialogar. Para confirmar lo anterior, toman como precedente la toma del Palacio de Justicia y obvian las desmovilizaciones de grupos armados que se habían presentado. En este año el Partido Liberal arrasa en las elecciones presidenciales, la respuesta del Partido Conservador fue abstenerse de gobernar y dedicarse a la "oposición reflexiva", presionando por la necesidad de "una reforma constitucional que fortaleciera los organismos de control, como la procuraduría y la contraloría, y un nuevo balance entre los tres poderes orientado a fortalecer el legislativo frente al ejecutivo, así como el poder judicial. Debe resaltarse que estas reformas fueron incluidas más tarde en la agenda de la Asamblea Nacional Constituyente que se convocó en 1990"⁴.

El gobierno del presidente Barco se caracterizó por una política económica que buscó erradicar la pobreza. A pesar del aumento de exportaciones, el campo y la agroindustria tuvieron fuertes dificultades especialmente por la

4 Mora, C. A. y Peña, M. (2000). *Historia Socioeconómica de Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.



disminución en el valor del café. Producto del conflicto armado, entre 1980 y 1989 más de dos millones de personas fueron expulsadas de sus hogares y tierras. El clima de violencia por la lucha contrainsurgente, las masacres y el terror, pusieron como principal víctima a la población civil que para salvaguardar su vida abandonó sus hogares y su identidad campesina.

Desde ese período, el desplazamiento forzado se ha convertido en una de las expresiones más graves de la crisis humanitaria que vive Colombia. Sin embargo y aunque existe una amplia reglamentación jurídica al respecto, que se materializa en leyes, decretos y normas desarrolladas en los últimos años, el gobierno colombiano sigue sin plantear el problema como una cuestión de derechos humanos. El desplazamiento forzado suele estar asociado a masacres, amenazas y otras prácticas violentas dirigidas a la población civil y en él participan todos los actores armados. La motivación de dichos actores armados depende de las regiones y de sus alianzas e intereses en cada una de ellas. "Se generan desplazamientos para controlar áreas estratégicas desde un punto de vista militar o político (en regiones con fuerte implantación de movimientos sociales o donde se pretende desarticular la base social del adversario), pero también por el control de la tierra y los recursos, y esto produjo una violenta recomposición de las estructuras de tenencia de la tierra". Además, hay desplazamientos ligados a la expansión de explotaciones de minería o de monocultivos agrícolas para la exportación (palma africana, banano); allí donde hay una perspectiva de megaproyectos (canal interoceánico Atrato-Truandó) o de inversiones extranjeras que provocaran una valorización de las tierras; en zonas de extracción de recursos naturales (oro en la Serranía de san Lucas) y energéticos (petróleo en los territorios U'wa, presas hidroeléctricas en Chocó) y por el control de cultivos ilícitos.

El conflicto armado se acrecentó tanto por la acción de los grupos guerrilleros como por el narcotráfico preocupado por la amenaza gubernamental de establecer la extradición. Los grupos paramilitares se aliaron con los narcotraficantes y crearon un nicho de terrorismo y violencia que aún hoy el país padece. El terrorismo se apoderó de las calles, se incrementaron las masacres, los desplazamientos, los secuestros y el pánico en la población civil. Entre estos sucesos se encuentran ataques con explosivos al DAS y a la prensa escrita (El Espectador y Vanguardia Liberal). El periodista y director de El Espectador, Guillermo Cano, fue asesinado por Pablo Escobar. Muchos periodistas e intelectuales tuvieron que exiliarse por las amenazas del narcotráfico y los grupos paramilitares. Además de la 'guerra' entre narcotraficantes y miembros de la Fuerza Pública, en los ochenta, el país sufrió los estragos de la guerra entre grupos narcotraficantes, la cual llenó de horror las calles colombianas pues recurrió al terrorismo y los sicarios.

El 29 de mayo de 1988, en Bogotá, fue secuestrado por el M-19 el líder conservador Álvaro Gómez. El grupo guerrillero exigía a cambio de la liberación que se convocara a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución. Tras los compromisos del Gobierno, Álvaro Gómez fue liberado. Después de un proceso de negociación, el M-19 deja las armas el 26 de abril de 1990 y se convirtió en el grupo político Alianza Democrática M-19.

En estos años se observaron avances que en las negociaciones y los diálogos de paz condujeron a la desmovilización de los grupos guerrilleros EPL y M-19. Sin embargo, el proceso se vio ensombrecido por la persecución contra los líderes de la Unión Patriótica, UP, cuyos miembros fueron sistemáticamente asesinados por paramilitares narcotraficantes y políticos (aproximadamente 4.000 miembros de la UP fueron asesinados).

El 11 de octubre, en La Mesa, Cundinamarca, es asesinado el líder de la UP Jaime Pardo Leal, quien previamente había denunciado los nexos de los narcotraficantes con líderes políticos. Bernardo Jaramillo remplaza a Jaime Pardo Leal como líder de la UP. Por esos días se agudizaron las violaciones de los derechos de los sindicatos y trabajadores, tanto, que fue común que los conflictos laborales terminaran en mascarés.

Al finalizar la década de los ochenta, la turbulencia política es insoportable. Además de las crisis económicas y las amenazas de los grupos armados, 'Los Extraditables' cometen diferentes actos terroristas y asesinan a sus enemigos. El 18 de agosto de 1989, en medio de la campaña electoral para la presidencia, es asesinado en un acto político en Soacha, Cundinamarca, el líder liberal Luis Carlos Galán Sarmiento. En el sepelio, el hijo de Galán entrega a César Gaviria Trujillo la bandera del liberalismo. El 22 de marzo de 1990, Bernardo Jaramillo Ossa, candidato presidencial de la UP, es asesinado en las calles de Bogotá. También fue asesinado Carlos Pizarro, candidato a la presidencia por la Alianza Democrática M-19. En medio de un clima de violencia y terrorismo extremo, César Gaviria Trujillo es elegido Presidente.

CONTEXTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

En 1976, el presidente Alfonso López Michelsen promovió una reforma constitucional mediante la bautizada "pequeña constituyente", para que en el término de un año reformara la administración de justicia, el Ministerio Público y los departamentos y municipios. Dicho cuerpo debía ser elegido popularmente, previa convocatoria del Congreso de la República. La propuesta de López Michelsen fue aprobada por el Congreso pero declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, quien consideró que

de conformidad con la Constitución de 1886, el Congreso era la única autoridad investida con la facultad de modificar la Carta Política. Como respuesta a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso aprobó una reforma constitucional que creaba la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, esta reforma también fue declarada inexecutable, aduciendo por la Corte Suprema la existencia de vicios de procedimiento en su formación.

La Corte Suprema de Justicia complementó su teoría en torno a la posibilidad de reforma a la Constitución de 1886, mediante la sentencia del 9 de julio de 1987. En dicha sentencia afirmó que "el acto constituyente primario es la máxima expresión de la voluntad política, cuyo ámbito de acción escapa a cualquier delimitación jurídica". En este sentido, para la Corte Suprema "cuando se apela a la nación y esta hace sentir su voz para constituir o reconstituir, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica". Conforme a esta doctrina, Virgilio Barco propuso, en 1988, la convocatoria a un plebiscito para que el pueblo decidiera sobre la legitimidad de una reforma constitucional mediante una consulta al poder constituyente primario. Diferentes actores políticos y jurídicos se opusieron a la propuesta del presidente Barco por considerarla inviable desde el punto de vista constitucional. El Presidente decidió dar marcha atrás con su propuesta.

El 20 de febrero de 1988 se llevó a cabo el "Acuerdo de la Casa de Nariño" entre el Gobierno Nacional y líderes políticos de la oposición. El objeto del acuerdo fue realizar un referéndum para que el pueblo colombiano se expresara sobre una amplia reforma constitucional. Mediante una extraña jurisprudencia, el Consejo de Estado declaró la inconstitucionalidad del Acuerdo, argumentando que el Gobierno mediante sus actos no puede perseguir fines inconstitucionales.



El gobierno Barco insistió sobre la necesidad de una reforma constitucional que ampliara los derechos, creara una Corte Constitucional, limitara los estados de excepción y reformara las administraciones departamentales y municipales. Sin embargo, el proyecto fracasó cuando se incluyó en la Cámara de Representantes un artículo que pretendía someter a referendo si debía establecerse la extradición en Colombia.

A finales de la década de los ochenta, un grupo de estudiantes universitarios bogotanos creó el movimiento *Todavía Podemos Salvar a Colombia*, el cual propuso una consulta popular para que el pueblo decidiera si quería convocar a una asamblea constituyente para las elecciones presidenciales del 11 de marzo de 1990; el movimiento propuso incluir una papeleta que consultara a los votantes sobre este asunto. El Registrador Nacional decidió que no podía contabilizar dicha papeleta puesto que no existía en el ordenamiento colombiano norma alguna que lo sustentara. El momento constitucional caracterizado por la turbulencia política, innumerables hechos de violencia y una considerable manifestación popular, llevó al presidente Barco a proferir un decreto legislativo que ordenaba a las autoridades electorales contabilizar los votos. En la revisión oficiosa por parte de la Corte Suprema de Justicia, dicho decreto fue declarado exequible, entre otras cosas, porque:

«No abrir los caminos para registrar esa voluntad significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada séptima papeleta, que espontáneamente se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos y candidatos presidenciales, y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad.»

La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente fue aprobada en una elección en la que participaron más de cinco millones de votantes. Sin embargo, por problemas de técnica jurídica, debió ser el nuevo Presidente —César Gaviria— quien convocara mediante un nuevo decreto legislativo a la manifestación popular sobre la convocatoria a la Asamblea. En la convocatoria se definieron las calidades de los miembros de la Asamblea y su agenda, así como un sistema de garantías para las campañas. Mediante sentencia del 9 de octubre de 1990, la Corte Constitucional declaró exequibilidad parcial de la convocatoria. Para la Corte resultaba inconstitucional que se fijara un temario considerando que el decreto que convocó a la Asamblea estableció limitaciones ilegítimas al poder constituyente primario. La Asamblea Nacional Constituyente desarrolló sus funciones entre el 4 de febrero y el 4 de julio de 1991. La conformación de la Asamblea resultó en un cuerpo pluralista y democrático. En palabras de Allan Brewer Carías: “en Colombia, gracias a la base de consenso político que existió para la convocatoria y composición de dicha Asamblea Constituyente, el país pudo evolucionar” (2011, p. 12) democráticamente. En palabras de César Gaviria, citadas por Brewer Carías:

«Apelamos entonces al mecanismo que fue usado para regresar a la democracia y hacerle frente a la violencia partidista, después de la ruptura constitucional del General Rojas, de crear el Frente Nacional. Ello fue un Acuerdo político que esta vez incluiría no sólo a los partidos tradicionales de Colombia, el Liberal y el Conservador, sino a las nuevas fuerzas políticas, el Movimiento de Salvación Nacional y el movimiento de la recién desmovilizada guerrilla, el M-19. Después de una extensa negociación suscribimos dos acuerdos políticos con los jefes de los partidos y fuerzas políticas que obtuvieron en esas mismas elecciones más del 96% de los votos. En ellos

se definieron los lineamientos generales para la convocación, elección, integración y organización de la Asamblea Constitucional.»

También se fijaron el número de sus delegatarios, sus poderes y su competencia, que estaba limitada a los temas de reforma señalados expresamente en él. Además, mediante esos acuerdos se convocó a la ciudadanía a votar el 8 de diciembre de 1990. Así, las fuerzas políticas eran las que respaldaban, en representación del pueblo, esta segunda etapa de autoconvocatoria.

CONCLUSIONES

La historia colombiana ha estado marcada por innumerables convulsiones políticas, sociales y económicas. Los hechos relatados en la primera parte de este ensayo dan cuenta de las innumerables variables que determinaron los momentos constitucionales que antecedieron el acto constitucional de 1991. Después de veinte años de promulgada la Constitución de 1991, y conscientes de que existe todavía un largo camino para consolidar el Estado de Derecho colombiano, es indudable que muchas cosas han cambiado en relación con los turbulentos 105 años de vigencia de la Constitución colombiana de 1886. La imagen apocalíptica del Estado fallido ante la amenaza terrorista de grupos guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares, ha cambiado por la problemática, pero esperanzadora, imagen de un Estado de Derecho en construcción.

En este ensayo se inició describiendo la teoría clásica del poder constituyente. Se explicaron los límites de dicha teoría y la necesaria conexión de la misma con una concepción de la democracia que la explique y justifique. Se expuso, además, que la relevancia del documento constitucional depende en un alto grado del carácter democrático de los actos que le dieron origen. Los mo-

mentos históricos constitucionales dieron cuenta del carácter pactado de la Constitución como proyecto para superar un estado de violencia extrema. Los momentos jurídicos constitucionales mostraron cómo los actos formales de control constitucional terminaron cediendo ante las necesidades de cambio y ajuste constitucional.

En el derecho constitucional norteamericano tienen indudable valor y prestigio las teorías constitucionales originalistas. Según estas teorías, los jueces constitucionales deben ser sensibles al sentido de la constitución de conformidad a como era entendido por los redactores de la misma o al sentido que de aquella daba la generación en que se promulgó. En Colombia, y a pesar de la importancia política del momento constitucional que produjo la Carta de 1991, la interpretación constitucional no ha explorado los modelos originalistas. A los veinte años de la constitución del 91 es oportuno llamar a los intérpretes, doctrinales y autorizados, para que exploren dichos métodos y continúen los logros y aciertos de la generación de 1991.



REFERENCIAS

Ackerman, B. (1991). *We the People* (Vol. 1). Cambridge: Harvard University Press.

Ackerman, B. y Rosenckrantz (1997). *Tres concepciones de la democracia constitucional*. Centro de Estudios Institucionales.

Brewer Carias, A. (2011). *El proceso constituyente y la constitución colombiana de 1991, como antecedentes directos del proceso constituyente y de algunas previsiones de la constitución venezolana de 1999*. Conferencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional (20 Años de la Constitución de Colombia de 1991), Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 12 al 14 de mayo de 2011, Bogotá.

Carrio, G. (2001). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea.

Hernández, J. G. (2001). *Poder y Constitución*. Bogotá: Legis.

Linares Quintana, S. V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo II. Ed. Plus Ultra.

Rodríguez Baquero, L. E. et. al. *Historia de Colombia, Todo lo que hay que saber*. Bogotá: Editorial Tauros.



• CAPÍTULO I •

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

- ■ ■ ■ ■ La Constitución de 1991 como constitución transformadora

- ■ ■ ■ ■ Corrientes ideológicas en la Constitución de 1991

- ■ ■ ■ ■ Logros y desafíos de una democracia constitucional en construcción

Rodrigo Uprimny

Abogado de la Universidad Externado, Magíster en Socioeconomía del Desarrollo de la Universidad de París I y Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie. Es Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS y director de la maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesor del Centro Interdisciplinario de Estudios Regionales, CIDER, de la Universidad de los Andes.

Once años de experiencia en la rama Judicial como Magistrado auxiliar y magistrado encargado de la Corte Constitucional. Ha sido abogado-investigador y coordinador de investigaciones socio-jurídicas de la Comisión Colombiana de Juristas. Ha sido consultor del PNUD para el Plan Nacional de Rehabilitación en temas de violencia, participación ciudadana y resolución de conflictos. Ha realizado numerosas publicaciones e investigaciones a nivel nacional e internacional, en especial en temas de sistema judicial, derechos humanos y sociología jurídica.



La Constitución de 1991 como constitución transformadora

¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil?

Por: Rodrigo Uprimny

La Constitución de 1991 no es un texto que mire hacia atrás —“*backward looking*”— sino que quiso proyectarse hacia el futuro —“*forward looking*”— (Teitel, 1997: 2014) pues más que intentar codificar las relaciones de poder existentes al momento de su adopción, fue un documento jurídico que quería delinear un modelo de sociedad a construir. Es pues, en la terminología de otros autores, una constitución “*aspiracional*” (García, 2006) o “*transformadora*” (Santos, 2010: 76 y 77), en la medida en que busca apartarse de la realidad existente al momento de su adopción, a fin de avanzar a una democracia más incluyente y profunda, capaz de incorporar a la democracia y a los beneficios del desarrollo a los sectores tradicionalmente excluidos de la sociedad colombiana. Es entonces un texto lleno de promesas de derechos y bienestar para todos.

Esta vocación transformadora, que es común a buena parte del constitucionalismo latinoamericano reciente (Uprimny, 2011), ha tomado dos vías, que no son obligatoriamente complementarias: de un lado, la Carta de 1991, como muchas otras constituciones latinoamericanas recientes, es densa en derechos humanos, pues se considera que el reconocimiento de derechos colectivos o económicos, sociales y culturales, sobre todo si tienen protección judicial, contribuye a una mayor igual-

dad social y a la transformación democrática; de otro lado, esta constitución también le apuesta a que la transformación a una sociedad más justa se haga por medio de una ampliación de los mecanismos de deliberación y participación democrática, para lo cual ha incorporado, además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democráticas.

Estas dos vías de vocación transformadora de la Constitución de 1991 (la ampliación de la participación democrática y el reconocimiento constitucional de nuevos derechos) explica dos nuevos rasgos del constitucionalismo colombiano, que comparte con otros países de América Latina: primero, un esfuerzo por tener democracias fuertes, gracias a la innovación y transformación de la democracia, repensando y reformulando sus formas y espacios; y segundo, la adopción de formas de constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo.

Después de veinte años de vigencia de la Constitución de 1991, ¿cómo podemos evaluar esa apuesta osada de transformación social por medio de la combinación del neoconstitucionalismo y la innovación en la participación y deliberación democráticas?, ¿es acaso posible y coherente lograr avances y cambios sociales progresistas por

esa combinación de un constitucionalismo fuerte con una participación y deliberación democráticas fuertes?

En este texto intento ofrecer algunos elementos de respuesta a esas difíciles preguntas, para lo cual comienzo por explicar brevemente las raíces históricas de la vocación transformadora o aspiracional de la Carta de 1991, para luego analizar los dos rasgos que he enfatizado, a saber la adopción de un constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo y de un proyecto profundo de innovación democrática, que debería conducir a una democracia fuerte. Luego procederé a hacer un balance de esa apuesta constitucional, para lo que intentaré mostrar las tensiones pero también las complementariedades, tanto teóricas como empíricas, entre esos dos rasgos estructurales de la Constitución de 1991. El artículo termina con unas breves conclusiones, que enfatizan los retos que subsisten para lograr realmente una constitución transformada que combine una democracia fuerte con un constitucionalismo fuerte.

LAS RAÍCES DE LA VOCACIÓN TRANSFORMADORA O ASPIRACIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La vocación transformadora o aspiracional de la Constitución de 1991 se encuentra profundamente vinculada a la forma y naturaleza del proceso constituyente que permitió su adopción.

Nuestras otras constituciones fueron en gran medida “cartas de batalla”, como las ha llamado Hernando Valencia Villa (1987), pues tendieron a ser expresiones de la victoria hegemónica de una de las fuerzas en contienda. Por ejemplo, la Carta de 1863 fue producto del dominio del radicalismo liberal, mientras que la *Regeneración* conservadora triunfante adoptó la autoritaria Constitución de 1886.

Estas constituciones, impuestas por el bando vencedor, difícilmente podían ser pactos de convivencia pues no podían aspirar a convertirse en una norma que generara consenso en toda la sociedad, ya que excluía de sus beneficios a importantes sectores sociales y políticos de la población. Si la Carta de 1886 logró ser longeva, esto se debió a que las reformas clave de 1910 y 1936 moderaron su autoritarismo y clericalismo intolerantes y le dieron un sentido más incluyente y nacional.

El proceso constituyente de 1990 y 1991 fue muy distinto. Colombia vivía un momento de violencia y crisis institucional muy grave, debido al asesinato de cuatro candidatos presidenciales, las masacres de los paramilitares, la persistencia de los ataques guerrilleros, los miles de asesinados y desaparecidos y las bombas de los extraditables. La tasa de homicidio llegó a 70 por 100 mil habitantes, su nivel más alto en los últimos 50 años.

Hubiera sido posible ceder a la tentación autoritaria: restringir aún más la ya limitada democracia colombiana y persistir en el uso permanente del estado de sitio. Algunos líderes tradicionales recomendaron esa vía y propusieron incluso una especie de dictadura civil.

Pero afortunadamente el desarrollo fue distinto, pues progresivamente, aunque en forma muy accidentada (Fals Borda, 1991), distintas fuerzas políticas y sociales, muy diversas y que en décadas anteriores habían estado enfrentadas, lograron un consenso sobre la posibilidad de convocar una asamblea constituyente como pacto político de ampliación democrática, que permitiera una salida a la difícil crisis que se estaba viviendo.

Así lo entendieron los sectores más lúcidos y modernos de las élites económicas y de los partidos tradicionales, que vieron que era necesaria una renovación profunda de la institucionalidad colombiana, pues la crisis de legitimidad era muy



sería. Las guerrillas desmovilizadas vieron en el proceso constituyente la oportunidad de lograr la ampliación democrática por la cual habían luchado. Otras fuerzas sociales, que en el pasado habían tenido una participación débil en el sistema político, como los indígenas, las mujeres, entre otras, también apoyaron la opción constituyente como un escenario importante para hacer avanzar sus reivindicaciones.

El camino a la Asamblea Constituyente no fue fácil sino muy accidentado. Había que materializar ese consenso social, que era amplio pero difuso. El movimiento estudiantil y los gobiernos Barco y Gaviria jugaron un papel catalizador y articulador indudable. Además, había obstáculos jurídicos importantes porque una interpretación literal y aislada de algunas cláusulas de la Carta de 1886 podía llevar a concluir que era imposible jurídicamente convocar una asamblea constituyente. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, que realizaba en esa época el control constitucional, estuvo a la altura y dio piso jurídico a la Constituyente. Finalmente, las elecciones de diciembre de 1990, aunque no masivas, fueron esenciales, ya que eligieron un cuerpo pluralista y diverso, en donde ninguna fuerza era hegemónica; fue entonces necesario que los distintos partidos y movimientos en la Asamblea Constituyente buscaran el acuerdo y no la imposición.

Estos acuerdos fueron posibles ya que en el fondo, debido al proceso mismo de la Constituyente, todas las fuerzas tendieron a coincidir tácitamente en el mismo diagnóstico: la crisis de la precaria democracia colombiana debía enfrentarse con más democracia y no con menos. La exclusión social, la intolerancia, las limitaciones a la participación política y las violaciones a los derechos humanos, fueron vistos como algunos de los factores esenciales de la crisis colombiana. La nueva constitución debía entonces enfrentar esos defectos de la política y la sociedad colombianas; así, había que

instituir un orden constitucional, que controlara la arbitrariedad estatal, favoreciera la participación de nuevas fuerzas políticas, estimulara el pluralismo y lograra mayor justicia social¹.

La Asamblea Constituyente de 1991 fue entonces expresión de ese consenso pluralista de ampliación democrática. Era pues natural que su producto, la Constitución de 1991, también tuviera ese sello y esa vocación de ser un pacto por la transformación democrática de la sociedad colombiana.

Ahora bien, mi insistencia en las particularidades de la Carta de 1991 frente a otras constituciones del pasado no debe ser vista como la defensa de una tesis de que hubo en 1991 una ruptura total con la tradición constitucional colombiana. Como lo expliqué recientemente en una discusión con Eduardo Posada Carbó, en columnas de opinión², esta tesis de la originalidad del proceso constituyente de 1991 no niega que, fuera de la Carta de 1991, hubo otras constituciones en Colombia que fueron también producto de acuerdos entre ban-

1 Por ejemplo según el delegatario Orlando Fals Borda, debido a la composición pluralista y al sistema de votación, que exigía mayorías calificadas, “todos los grupos delegatarios de la Asamblea tuvieron que buscar consensos y organizar diálogos y transacciones para llegar a decisiones; ninguno impuso totalmente su pensamiento o sus designios” (p. 55). Pero, señala Fals Borda, en su espíritu ecléctico y pragmático, la Asamblea tendió hacia una visión de ampliación de la precaria democracia colombiana como forma de superación de la crisis de comienzos de los noventa. Álvaro Echeverry Uruburu (1991), también constituyente por grupos alternativos a los partidos tradicionales, comparte esa visión, pues resalta el espíritu de consenso de la Asamblea que aprobó una Carta “tolerante, que busca la justicia y la solidaridad social y que entiende que la riqueza de la población colombiana está en su diversidad”. En el mismo sentido, el entonces consejero presidencial y posterior magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda (1993), insiste en que la Asamblea tendió a un consenso de ampliación democrática.

2 Ver mis columnas en *El Espectador*, “La Constitución de 1991 en perspectiva” (I y II) en ediciones del 4 y del 18 de julio de 2011. Ver las columnas de Eduardo Posada Carbó en *El Tiempo*: “Una pobre defensa de la Constitución” e “¿Y la historia para qué?”, ambas en julio de 2011.

dos enfrentados, como las cartas de 1853 o de 1832. Posada Carbó también tiene razón, como lo ha destacado en algunos de sus textos (Posada Carbó, 2006), en que Colombia tiene una rica tradición de adhesión al constitucionalismo que es necesario revalorar. Hemos tenido pocos años de dictadura. Y por ello ese autor acierta en señalar que incluso quienes ganaron las guerras civiles, como Núñez, no impusieron dictaduras sin reglas, sino que adoptaron constituciones que reconocían derechos y la separación de poderes.

Las constituciones de los vencedores fueron en Colombia “cartas de batalla” pero no dejaron de ser cartas constitucionales que tuvieron cierta eficacia normativa. Esta adhesión colombiana al constitucionalismo nos ha evitado caudillos dictatoriales que proliferaron en otros países, como Páez o Juan Vicente Gómez en Venezuela, Rosas en Argentina, o Porfirio Díaz en México. Y gracias a él evitamos la autoperpetuación en el poder de Álvaro Uribe.

Es pues cierto que la Constitución de 1991 no es una ruptura total con el pasado y que conviene recuperar nuestra rica tradición constitucional, que sin embargo ha convivido con autoritarismos y violencias terribles. Pero esta conclusión no debe llevarnos a minimizar la novedad y originalidad del proceso constituyente de 1991 pues sigue siendo cierto que las constituciones que precedieron a la de 1991 durante más o menos siglo y medio tendieron a ser imposiciones de los triunfadores, lo cual generó limitaciones a su capacidad de convertirse en pactos sociales legítimos. Frente a esas experiencias previas, el proceso constituyente de 1991 adquiere su originalidad pues, en una crisis profunda, fue un esfuerzo relativamente exitoso por lograr un pacto político de ampliación democrática, entre fuerzas diversas que habían estado enfrentadas. Y esto explica la vocación transformadora o aspiracional de la Constitución de 1991, que incorporó dos estrategias disímiles para lograr esos cambios soñados: la vía del neoconstitucionalismo y la opción por la ex-

perimentación democrática. Entro pues a examinar las particularidades de estas dos vías.

LA VÍA DE LOS DERECHOS: UN NEOCONSTITUCIONALISMO FUERTE

Una de las estrategias de los constituyentes de 1991 para dotar de eficacia transformadora a la nueva Carta fue reforzar su fuerza normativa, por lo cual no sólo reconocieron muchos nuevos derechos sino que además previeron mecanismos fuertes de justicia constitucional que aseguraran que estas promesas de derechos y bienestar no fueran meramente retóricas sino mandatos normativos con eficacia práctica. En ese sentido, la Constitución de 1991 hace parte de lo que algunos autores llaman “neoconstitucionalismo” (Carbonell, 2003), o conforme a otras terminologías, como las usadas por Ferrajoli, Estados de Derecho constitucionales y no puramente legales (2001). Estamos pues frente a una forma de constitucionalismo fuerte. Todas estas expresiones indican que estamos frente a un ordenamiento que no se limita a establecer límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconoce una amplia gama de derechos y principios, le impone metas al Estado y establece formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan.

Una breve caracterización del neoconstitucionalismo puede ser útil para que se comprenda de lo que hablo, para lo cual retomo un esquema desarrollado en un texto anterior (Rodríguez y Uprimny, 2007). La idea central es que las constituciones pueden ser clasificadas con base en dos variables básicas: (i) su fuerza normativa y (ii) su contenido. Así, con respecto a la primera variable, existen dos opciones: puede uno entender la constitución ya sea como una norma vinculante y aplicable o ya sea como un documento político de gran importancia, pero que no tiene realmente fuerza normativa. La posición adoptada frente



a estas dos posibilidades opone a las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo liberal del siglo XIX. La tradición europea, y en especial la francesa, tendía a concebir la constitución como un documento político sin fuerza normativa, pues entendía las cartas constitucionales como documentos políticos importantes, pero que no eran vinculantes en el sentido de que no tenían mecanismos para asegurar que la ley o las decisiones del Poder Ejecutivo respetaran la constitución, lo cual se debía al temor que tenían los constituyentes franceses a un eventual gobierno de los jueces. En contraposición se encuentra la visión normativa de la constitución, según la cual ésta ya no es meramente un documento político, sino una norma que vincula especialmente al Legislador y por vía indirecta al Ejecutivo, y que por consiguiente debe tener algún mecanismo de protección de su supremacía y de su carácter normativo. De la idea de la constitución como norma, se sigue entonces la idea de la necesidad de alguna forma de justicia constitucional. Esta concepción normativa de constitución fue desarrollada esencialmente por el constitucionalismo estadounidense.

De otro lado, desde el punto de vista de su contenido, encontramos la oposición entre las visiones más procedimentales de la constitución y las más valorativas o densas en derechos. La visión procedimental sostiene que la constitución, más que establecer un orden de valores que debe aplicarse,

consagra únicamente un marco de actuación de los poderes públicos y de los particulares, es decir, regula instituciones y procedimientos, pero no señala imperativamente el derrotero que deben seguir las autoridades y los particulares; por eso se conoce más como constitución procedimental, constitución marco o constitución límite. Las constituciones más valorativas o densas en derechos, por su parte, no se limitan a diseñar instituciones y establecer procedimientos, sino que consagran un orden de valores a ser realizado y un conjunto de derechos a ser satisfechos. Por eso algunos las llaman constituciones programa, ya que contienen, en germen, un programa que debe ser realizado por las autoridades, mientras que una constitución procedimental establece únicamente un marco de actuación para las autoridades.

Ahora bien, si uno cruza las dos variables, es posible construir una tipología de cuatro modelos de constitución, que se encuentra resumida en el cuadro 1³.

De un lado, en la casilla I encontramos constituciones que son pensadas como un documento político y cuyo contenido es esencialmente procedimental. Un ejemplo es la visión francesa del constitucionalismo antes de 1958, ya que

³ Para una tipología semejante, ver Prieto Sanchos (2003: 107 y ss).

Cuadro 1. Una tipología de las constituciones

Contenido de la Constitución	Fuerza normativa de las constituciones	
	Documento político	Normativa
Procedimental o marco	I: Francia antes de 1958	II: Visión de Kelsen y Constitución de Austria
Valorativa o programa	III: Antiguos países socialistas	IV: Neconstitucionalismo

con posterioridad a esta fecha la constitución francesa se volvió un poco más normativa, debido a la creación del Consejo Constitucional.

De otro lado, en la casilla II encontramos constituciones normativas pero procedimentales. Hans Kelsen es uno de los representantes más ilustres de estas concepciones. Este autor defendía el carácter normativo de la constitución, pero si se trataba de una constitución que no contuviera valores y principios abstractos. Kelsen defendía entonces una Constitución vinculante, con un tribunal constitucional que asegurara su fuerza normativa, pero que fuera esencialmente procedimental.

En la casilla III encontramos las constituciones valorativas, que contienen un orden de valores muy fuerte, pero que no son más que un documento político, porque carecen de una justicia constitucional para aplicarla. El ejemplo más clásico es el de los anteriores países socialistas, cuyas constituciones proclamaban todo un orden político, social y económico a ser realizado, pero no eran normativas porque no había ninguna instancia ante la cual se pudiera controlar que las acciones de las autoridades se ajustaran a lo prescrito en la constitución.

Finalmente, en la casilla IV, encontramos constituciones valorativas o densas en derechos pero normativas. Estas constituciones reconocen derechos y valores y establecen un orden social a ser realizado y alguna forma de garantía constitucional de que eso se va a lograr por medio de distintas formas de justicia constitucional. La mayor parte de las constituciones latinoamericanas recientes tienden entonces a situarse, con mayor o menor intensidad, en esta casilla IV.

Esta clasificación permite claramente situar la Constitución de 1991, junto con otras constituciones latinoamericanas, como un neoconstitucionalismo en cierta medida más vigoroso que el europeo de la segunda mitad del siglo XX, pues no

sólo esta Carta es mucho más densa en derechos fundamentales que las constituciones europeas, sino que además prevé una justicia constitucional mucho más amplia y vigorosa para ampararlos. Por eso algunos autores distinguen este neoconstitucionalismo latinoamericano, y especialmente andino, como una forma distinta y más radical que aquel que pudo desarrollarse en Europa (Ávila, 2011: 75 y ss). Y en el caso colombiano tienen razón, pues la Carta de 1991 no sólo mantuvo el control constitucional, que existía desde 1910, sino que lo reforzó, con lo cual Colombia tiene uno de los sistemas de justicia constitucional más poderosos y abiertos del mundo. Así, cualquier juez tiene la posibilidad de inaplicar la ley si viola la Constitución. Además existe la acción pública, en virtud de la cual cualquier ciudadano puede pedir que se declare la inconstitucionalidad de cualquier ley, sin necesidad de ser abogado y sin ningún formalismo especial. Una vez presentada la demanda, la Corte Constitucional debe pronunciarse en unos cinco meses. Pero eso no es todo, la Constitución de 1991 creó también la acción de tutela, en virtud de la cual cualquier persona puede, sin ningún requisito especial, solicitar a cualquier juez la protección directa de sus derechos fundamentales. El juez debe decidir muy rápidamente (10 días) y todas las sentencias pasan a la Corte Constitucional, que discrecionalmente decide cuáles revisa. La facilidad de acceso a la justicia constitucional ha favorecido el protagonismo de la Corte pues resulta relativamente fácil para los ciudadanos convertir un reclamo en una discusión jurídica, que debe ser constitucionalmente decidida y en un tiempo bastante corto, por la justicia constitucional. Y, como lo han mostrado los estudios judiciales comparados, a mayores posibilidades de acceso a las cortes, mayor influencia política de los tribunales (Jacob et. al., 1996: 396 y ss). No debemos pues extrañarnos de la centralidad que ha tenido la Corte Constitucional en el desarrollo de la Carta de 1991.



LA VÍA CIUDADANA: LOS ESFUERZOS DE INNOVACIÓN DEMOCRÁTICA

La otra gran vía prevista por los constituyentes para dinamizar la transformación social fue un esfuerzo por innovar en las formas de democracia, con la introducción de la idea de democracia participativa. Uno de los propósitos esenciales de la Carta de 1991 fue entonces ampliar y fortalecer la democracia y los espacios de participación ciudadana. Por ello los constituyentes de 1991 no se limitaron a mejorar la democracia representativa, sino que intentaron generar nuevos espacios de participación ciudadana.

Estos esfuerzos de la Constitución de 1991 buscan entonces articular, en forma ambiciosa, tendencias y tradiciones distintas del pensamiento democrático, en las que usualmente solían oponerse las posibilidades de deliberación y las dinámicas de participación. Así, es posible construir una tipología simple de algunas formas de democracia, según el grado en que éstas admitan niveles amplios o restringidos de participación o deliberación.

La idea central es que muchas visiones democráticas pueden ser clasificadas con base en esas dos variables: (i) la amplitud de la ciudadanía y de la participación democrática y (ii) la amplitud de la deliberación democrática pública. Así, de un lado, existen visiones políticas y constitucionales que plantean que la ciudadanía

y la participación democrática deben ser limitadas, por ejemplo, para asegurar la gobernabilidad, mientras que otras visiones consideran que es necesario extender y ampliar la ciudadanía y la participación democrática no sólo a todas las personas sino también al mayor número de campos de la vida social, económica y política. De otro lado, el tema de la deliberación pública también opone distintas concepciones. Para algunos autores y corrientes, la democracia está vinculada simplemente al principio de mayoría y a la participación ciudadana, sin que sea necesaria una discusión pública vigorosa. Por el contrario, otras visiones, asociadas a las corrientes de la llamada democracia deliberativa (Habermas, 1995; Nino, 1997; Gargarella, 1996), vinculan el ideal democrático no sólo al principio de mayoría sino a la existencia de una deliberación democrática pública y vigorosa, ya que dicha discusión cumple para estas perspectivas funciones esenciales para asegurar la calidad y vitalidad de la democracia y lograr una sociedad más justa y democrática. Ahora bien, si uno combina esas dos variables, es posible construir una tipología de diversas tradiciones democráticas, como lo hacemos en el cuadro.²

Así, en la casilla I encontramos democracias que podríamos llamar autoritarias, que se caracterizan por recurrir a la legitimación popular y al principio de mayoría, y en ese sentido se reclaman

Cuadro 2. Tradiciones democráticas

	Participación democrática restringida	Participación democrática amplia
Deliberación pública limitada	I: Democracias autoritarias o liberales restrictivas	III: Democracias populistas y plebiscitarias
Deliberación pública amplia y vigorosa	II: Democracias representativas tipo republicano	IV: Democracias deliberativas participativas

de la tradición democrática, pero limitan considerablemente tanto los derechos de ciudadanía (por ejemplo, por razones de educación o renta) y los espacios de participación, que suelen limitarse a la elección de algunos funcionarios; igualmente estas visiones restringen las posibilidades de discusión pública pues la política es vista más como una forma de agregación y negociación de intereses, que de deliberación pública en búsqueda de la construcción de ideas comunes de justicia. Algunas visiones liberales restrictivas pueden entonces caber también en esta casilla.

En la casilla II, puede uno situar regímenes políticos que restringen la participación y los derechos de ciudadanía pero que estimulan un debate público vigoroso, al menos entre los representantes elegidos. Algunas visiones, como las que se desprenden de reflexiones como las de Burke o ciertas interpretaciones de los constituyentes estadounidenses, asumen esa opción, pues si bien restringen la participación, confieren a las instancias de representación no únicamente una función de agregación de intereses sino también de discusión y deliberación colectiva para formación de ideas comunes de justicia.

La casilla III corresponde a regímenes que podríamos calificar como democracias populistas, o incluso plebiscitarias, pues amplían considerablemente los espacios y las dinámicas de participación, pero tienden a minimizar las dinámicas deliberativas.

Finalmente, la casilla IV incorpora una visión fuerte y ambiciosa de democracia pues pretende al mismo tiempo ampliar la ciudadanía y los espacios de participación, pero igualmente busca fortalecer la deliberación pública.

Según mi parecer, la Constitución de 1991 se encuentra en la casilla IV pues no sólo amplía los espacios de ciudadanía y de participación sino que

fortalece o incluso exige la deliberación pública transparente para la toma de ciertas decisiones. En efecto, esta Constitución no sólo amplía al número de funcionarios electos popularmente sino que incorpora nuevos mecanismos de democracia directa, como el plebiscito, el referéndum o la consulta popular. Igualmente fortalece los mecanismos de control ciudadano, pues no sólo establece la revocatoria del mandato para ciertos funcionarios electos, como los gobernadores y los alcaldes, sino que también prevé veedurías ciudadanas para controlar muchas actividades administrativas. Pero eso no es todo. Conforme lo ha enfatizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Carta promueve la deliberación pública para sustentar las decisiones colectivas. Por esa razón, la Corte ha declarado inconstitucionales varias leyes e incluso dos reformas constitucionales, que aparentemente contaban con una mayoría suficiente, pero el Congreso eludió el debate y la discusión pública del asunto aprobado⁴. La Corte insistió en esas sentencias en que las sesiones del Congreso no eran “un espacio en donde simplemente se formalizan o refrendan decisiones y negociaciones que fueron hechas por fuera de las cámaras y a espaldas de la opinión pública” por cuanto en una democracia genuina “la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía” (Sentencia C-816 de 2004, fundamentos 137 y 138).

La Constitución de 1991, según mi interpretación, propugna entonces por una democracia muy fuerte pues aspira a que ésta sea no sólo representativa sino también participativa y deliberativa. Pero eso no es todo; en cierta medida anti-ci-

4 Ver, entre otras, las sentencias C-760 de 2001, C-668 de 2004 y C-816 de 2004.



pándose a tendencias que fueron profundizadas por las constituciones ecuatoriana y boliviana, la Constitución colombiana de 1991 estimuló nuevas formas participativas que buscarían superar las limitaciones de la democracia occidental liberal, puesto que incorporan también el reconocimiento de la democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas (Santos, 2010: pp. 112 a 123). En efecto, al ampliar los espacios de decisión de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, la Constitución colombiana de 1991 anticipó lo que algunos autores han calificado de formas de “demodiversidad” o de “democracia intercultural”, que articulan la democracia representativa, la participativa y la comunal, de suerte que se trata de “una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo” (Santos, 2010: p. 110).

UNA TENTATIVA DE BALANCE

El anterior análisis mostró que la Constitución de 1991 optó por articular una democracia fuerte y novedosa con un neoconstitucionalismo fuerte, con el fin de lograr una sociedad más justa. Dos preguntas surgen naturalmente de ese examen: ¿en qué medida es posible armonizar ambas tendencias? y ¿cuáles han sido sus resultados en estos veinte años? En este aparte intentaré dar una res-

puesta tentativa a esos interrogantes, tanto desde el punto de vista teórico como empírico.

El balance teórico: las tensiones y la compatibilidad entre un constitucionalismo fuerte y una democracia fuerte

La apuesta de la Constitución de 1991 es no sólo ambiciosa sino que implica tensiones fuertes, pues no es fácil articular simultáneamente una forma de neconstitucionalismo con un estímulo a la participación democrática y a la deliberación ciudadana puesto que parecen ejercicios en dirección contraria. Así, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una protección judicial reforzada de una carta constitucional muy densa de derechos, por lo cual tiende a la judicialización, ya que los jueces, en especial los constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos. Parece entonces difícil, aunque no imposible, lograr al mismo tiempo un constitucionalismo fuerte con una deliberación y una participación democrática fuertes.

Una breve tipología de las democracias constitucionales, inspirada en parte en los modelos teóricos sistematizados por Gargarella (2005), ayuda a comprender la dificultad en este campo de la Constitución de 1991 y en general del

Cuadro 3. Formas de democracias constitucionales

	Participación y deliberación democrática débiles	Participación y deliberación democrática fuertes
Reconocimiento y protección débil de los constitucionales	I: Constitucionalismo conservador	III: Constitucionalismo republicano y radical
Reconocimiento y protección fuerte de los derechos constitucionales	II: Constitucionalismo liberal	IV: ¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano?

nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, siguiendo a Gargarella, dos variables decisivas para caracterizar distintos pensamientos constitucionales son: (i) qué tanto reconocen y protegen derechos fundamentales y (ii) qué tanto espacio otorgan a la participación democrática para la toma de las decisiones colectivas. Cruzando las dos variables es posible obtener cuatro visiones sobre la democracia constitucional, que sintetizo en el cuadro 3.

Así, en la casilla I encontramos el pensamiento constitucional conservador, que por visiones perfeccionistas de la política y un temor frente a la participación ciudadana, se caracteriza por un reconocimiento débil tanto de los derechos constitucionales como de la participación ciudadana.

En la casilla II podemos situar el constitucionalismo liberal, que reconoce vigorosamente los derechos constitucionales por su compromiso con la autonomía personal, pero comparte con los conservadores el temor a una participación ciudadana fuerte.

La casilla III refleja las posiciones republicanas y radicales, cercanas por ejemplo al pensamiento de Rousseau, que se caracterizan por una invocación fuerte de la soberanía popular, que no debería verse inhibida por los derechos constitucionales. Por ello plantean una participación y una deliberación democráticas vigorosas pero a costa de un debilitamiento del reconocimiento y protección de los derechos constitucionales. Como vemos, la aspiración de la Carta de 1991 y del nuevo constitucionalismo latinoamericano parece ser entonces la de lograr una protección judicial fuerte de los derechos acompañada al mismo tiempo de una participación y una deliberación democrática fuertes.

Esa combinación es teóricamente posible pero no es fácil. Así, desde el punto de vista teórico,

existen perspectivas que buscan hacer compatible una justicia constitucional fuerte con la vigorización de la democracia (Nino, Ely). La idea que comparto a continuación es teóricamente sólida: los derechos constitucionales son en cierta medida presupuestos de la democracia, puesto que su respeto es condición necesaria para que la democracia perdure y opere en forma apropiada e imparcial. Por ello, los jueces constitucionales, al proteger los derechos fundamentales, lo que hacen es preservar las bases de la democracia, evitando dos riesgos graves del principio de mayoría.

El primer riesgo es que el principio de mayoría se anule a sí mismo, pues un gobernante ocasional puede aprovechar sus mayorías para modificar a su favor las reglas electorales o para introducir leyes que silencien a sus oponentes. Al preservar la intangibilidad de esas reglas frente a esas tentativas no tan inusuales de los gobernantes de turno por perpetuarse en el poder, los jueces constitucionales, lejos de afectar la democracia, lo que hacen es protegerla ya que mantienen abiertos todos los canales de participación frente a la tentación de los gobernantes de cerrarlos. Por ello, la histórica sentencia C-141 de 2010 de la Corte Constitucional, que evitó una segunda reelección de Álvaro Uribe, fue profundamente democrática a pesar de que impidió la realización de un referendo, pues evitó que se manipularan las reglas electorales y constitucionales para perpetuar en el poder a dicho presidente.

El segundo riesgo es que las mayorías gobiernen a favor de sí mismas y discriminen sistemáticamente a ciertas minorías que no pueden hacerse representar adecuadamente en el espacio político, precisamente por ser minorías. Al amparar a esas minorías contra la discriminación, los jueces constitucionales protegen la justicia y la imparcialidad del proceso democrático. La democracia no significa que las mayorías puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las po-



líticas que decretan mientras descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica el principio de mayoría (como sustituto imperfecto del consenso), implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría sino que es un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen así el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados.

Estas consideraciones teóricas muestran que es posible justificar, desde la democracia, un constitucionalismo fuerte. A su vez, ellas orientan acerca de la manera como debería operar una justicia constitucional compatible con la democracia fuerte y deliberativa que establece la Carta de 1991 y es la siguiente tesis: es indudable que la protección constitucional de los derechos tiene cierto componente contramayoritario pues se trata en muchos casos de amparar minorías contra los desbordes de las mayorías, sin embargo, es erróneo extraer de ese hecho indudable que el juez constitucional deba ser indiferente a la deliberación democrática, toda vez que las democracias constitucionales se fundan tanto en los derechos como en la soberanía popular. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio «pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos» (Nino, 1997: p. 292). Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar

aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es «contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas» (Nino, 1997: p. 293).

El balance empírico: un neoconstitucionalismo vigoroso y una democracia débil

El balance empírico en estos veinte años de la apuesta por combinar un constitucionalismo fuerte con una democracia fuerte es mixto, pues la protección judicial de los derechos constitucionales avanzó en forma significativa pero en cambio no se logró consolidar una democracia fuerte, la cual, por momentos, incluso sufrió debilitamientos y retrocesos graves.

Por limitaciones de espacio no puedo desarrollar en detalle la anterior tesis, por lo cual me limito a presentar algunos datos empíricos que ilustran (aunque no prueban) esa conclusión.

La experiencia de protección judicial de los derechos ha sido tan intensa que en Colombia hemos hablado en estos años, no sin razón, de la judicialización de la política (Uprimny, 2007). Esto se ha expresado primero en el incremento considerable de las acciones de tutela presentadas cada año, que pasaron de 10.732 en 1992, que fue el primer año de uso de la tutela, a 403.380 en 2010, una impresionante multiplicación por 38 veces en 18 años, como se puede ver en la tabla 1.

Pero el dinámico desarrollo de la protección judicial de los derechos y de la supremacía de la Constitución no sólo se manifiesta en este aumento cuantitativo de la tutela, que expresa la popularidad de este recurso entre la ciudadanía, sino en

Tabla 1: Aumento y popularidad de la acción de tutela

AÑOS	TUTELAS	AÑOS	TUTELAS
1992	10.732	2001	133.272
1993	20.181	2002	143.887
1994	26.715	2003	149.439
1995	29.950	2004	198.125
1996	31.248	2005	224.270
1997	33.663	2006	256.166
1998	38.248	2007	283.637
1999	90.248	2008	344.468
2000	131.765	2009	370.640
		2010	403.380

Fuente: Secretaría Corte Constitucional.

la multiplicidad de temas abordados por la Corte Constitucional, tanto por vía de tutela como de control abstracto de constitucionalidad, y en el enorme impacto de sus decisiones. Por sólo citar algunos ejemplos, y sin pretensión de exhaustividad, la Corte Constitucional ha controlado los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción, con lo cual ha disminuido el uso desproporcionado del estado de sitio que caracterizó a Colombia antes de la Constitución de 1991 (Uprimny, 2003). Igualmente la Corte ha protegido la autonomía individual por medio de decisiones que han delimitado el alcance de los derechos constitucionales y de los grupos minoritarios, como la despenalización del consumo de drogas (sentencia C-221 de 1994) y de la eutanasia (sentencia C-239 de 1997). Igualmente la Corte ha protegido a minorías tradicionalmente discriminadas, como los enfermos de sida o los homosexuales. La Corte ha definido también en gran medida el alcance del pluralismo y ha favorecido no sólo la igualdad entre las religiones, mediante la anu-

lación del Concordato y de los privilegios de la religión católica, sino que también ha reconocido ámbitos muy amplios al ejercicio de la administración de justicia por las autoridades indígenas. Pero eso no es todo, la justicia constitucional también ha intervenido en políticas públicas, a fin de favorecer a poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta, como los desplazados o las personas privadas de la libertad. Así, los segundos presentaron numerosas tutelas, debido a la situación de hacinamiento en las cárceles y a las precarias condiciones de las prisiones colombianas. Después de conceder numerosos amparos individuales, la Corte Constitucional decide que se trata de una situación general y entonces declara la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles y da órdenes generales al Gobierno para que en un término de ciertos meses cese el hacinamiento carcelario. Una situación semejante, pero de mayores dimensiones, ocurre en relación con los desplazados. Debido en gran medida a la agudización del conflicto armado, Colombia tiene una población desplazada enorme, que configura una verdadera tragedia humanitaria. En forma semejante al caso de las cárceles, muchos desplazados formulan acciones de tutela para que las autoridades locales y nacionales protejan sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional, al igual que con la situación de los presos, luego de conceder numerosos amparos individuales, decide declarar igualmente un “estado de cosas inconstitucional” (sentencia T-025 de 2004), debido a las inconsistencias y a la precariedad de la política estatal frente al desplazamiento forzado. En esa decisión, la Corte ordena a las autoridades nacionales reformular y clarificar las estrategias frente al desplazamiento forzado, a fin de atender las necesidades básicas de esta población.

Estos pocos ejemplos ilustran la tesis de que el proyecto neoconstitucional de hacer justiciables los derechos en Colombia se aclimató y ha tenido impactos profundos. La valoración de esos im-



pactos es controvertida, pues algunos consideramos que en general ha sido una evolución positiva, que contribuye a la democracia colombiana, mientras que otros analistas la critican muy severamente porque consideran que debilita la gobernabilidad democrática y puede tener incluso efectos regresivos, al privilegiar la protección judicial de las clases medias y no de los más excluidos. Por límites de espacio, no puedo abordar esta compleja e importante discusión, que he estudiado en otros apartes, pues mi propósito era simplemente mostrar que el neoconstitucionalismo de los derechos tuvo un desarrollo considerable en estos veinte años.

Por el contrario, la innovación democrática que pretendió impulsar la Constitución de 1991 ha tenido un resultado bastante pobre. Los mecanismos de democracia directa, como el referendo o las consultas ciudadanas, han tenido no sólo pocos usos sino que en general han sido bastante polémicos, tanto a nivel nacional como local. Los mecanismos de control ciudadano a la gestión pública tampoco han sido muy vigorosos ni eficaces. No ha habido prácticamente revocatorias de mandatos a alcaldes o gobernadores. Todo esto significa que no hubo avances importantes en términos de democracia participativa. Pero en cambio, en estos veinte años, la democracia representativa tendió más bien a deteriorarse, en especial debido a la manera como las organizaciones criminales, y en especial los grupos paramilitares, lograron no sólo interferir el sistema electoral sino incluso cooptar, por vías electorales, parcelas importantes del Estado colombiano, en especial a nivel local. Por ejemplo, un reciente estudio concluye que al menos uno de cada cuatro políticos locales tuvo en los últimos años alguna relación con grupos armados ilegales (López, 2010).

REFERENCIAS

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yale.

Carbonell, M. (Ed). (2003). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta.

Cepeda, M. J. (1993). *La constituyente por dentro. Mitos y realidades*. Bogotá: Presidencia de la República.

Echeverry Ururburu, A. (1991). Los principios filosóficos de la nueva Constitución. *Criterio*, No. 15.

Ely, J. H. (1982). *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press.

Fals Borda, O. (1991). La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia. *Análisis Político*, No. 14.

Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Frazer, N. (2000). De la redistribución al reconocimiento. Dilemas de la justicia en la era postsocialista. *New Left Review*, enero-febrero. Madrid: Ediciones Akal.

García Villegas, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En R. Uprimny, M. García y R. Rodríguez, *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.

Gargarella, R. (1997). Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, Vol. 36, No. 144, enero-marzo, Buenos Aires.

Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (Ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Grijalva, A. (2009). O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Ecuatoriana de 2008. En A. Grijalva et. al., *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.

Grijalva, A. et. al. (2009). *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.

Habermas, J. (1995). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press.

Irigoyen, R. (2009). Aos 20 anos do Convenio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. En A. Grijalva et. al., *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.

Jacob, H. et. al. (1996). *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press.

López, C. (Ed.). (2010). *Y refundaron la patria*.

De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano. Bogotá: Debate.

Losing, N. (2002). *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*. Madrid: Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung.

Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

O'Donnell, G. (1994). Delegationary Democracy. *Journal of Democracy* 5, 1.

Orjuela, L. J. (2005). *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Bogotá: Uniandes, CESO.

Posada Carbó, E. (2006). *La nación soñada. Violencia, liberalismo y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Prieto Sanchis, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ramírez, S. (2009). Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas. En A. Grijalva et. al., *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.

Rodríguez Garavito, C. (2001). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *89 Texas L. Rev.*, 1669.

Rodríguez, C. y Uprimny, C. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia. En L. E. Pérez, C. Rodríguez y R. Uprimny, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJusticia.



Santos de Sousa, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural Editores.

Stocks, A. (2005). Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America. *Annual Review of Anthropology*, tomo 34.

Teitel, R. (1997). Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation. *Yale Law Journal*, Vol. 106, No. 7.

Uprimny, R. (2001). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En VV.AA, *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.

Uprimny, R. (2003). The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. En S. Glippen, R. Gargarella y E. Skaar (Eds.), *Democratization and the Judiciary*: Londres: Frank Cass.

Uprimny, R. (2004). ¿Una forma de gobierno parlamentaria en Colombia? *Nueva Página*, Vol. 1, No. 1.

Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.

Uprimny, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 4, No. 6.

Uprimny, R. (2011). The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *89 Texas L. Rev.*, 1587.

Valencia Villa, H. (1987). *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Cerec, UN.

Hernán Olano

Abogado, Universidad La Gran Colombia; Doctor en Derecho Canónico por la Universidad Javeriana. especialista en Derecho Canónico, Pontificia Universidad Javeriana, 1997; especialista en Bio-ética, Universidad de La Sabana, 2000; especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, 1996; especialista en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, con la máxima calificación, 1996; especialista en Docencia Universitaria (a distancia), Universitario de Humanidades, Ciencia y Tecnología “Cecilio Zubillaga Perera”, Carora, República Bolivariana de Venezuela, 2002; especialista en Historia del Derecho (a distancia), Núcleo Inter Universitario Cecilio Zubillaga Perera, Carora, República Bolivariana de Venezuela, 2001, especialista en Liderazgo Estratégico Militar, Ejército Nacional – Centro de Educación Militar, Escuela de Relaciones Civiles y Militares, 2003; maestría en Relaciones Internacionales, Promoción “Javier Sanín S.J.”, Pontificia Universidad Javeriana, 1994; maestría en Derecho Canónico, Pontificia Universidad Javeriana, 2004; doctorado en Derecho Canónico, Universidad Javeriana, 2005; Doctorado Estancia de Investigación Postdoctorado de Choque de trenes, Universidad de Navarra, 2007.



Corrientes ideológicas en la Constitución de 1991

Por: Hernán Olano

Celebramos las primeras dos décadas de nuestra Constitución. Por eso, cuando nos piden hablar de una deformación constituyente, hay que iniciar primero con la formación de la misma Carta, tarea difícil si se tiene en cuenta que ahora, una vez superada la mayoría de edad de nuestra Constitución, más de uno por fuera del grupo de los 74 delegatarios ha querido arrogarse la paternidad de esta jovencita. Ojalá el mismo interés se viera en los juzgados de familia, cuando los presuntos padres son convocados por los jueces para realizarles las pruebas de filiación.

Los ‘cimientos de la ilusión’, como los denominara Eduardo Posada Carbó¹, buscaban trascender a aquella idea de lo que en los albores del siglo XXI se creía que era el centro de gravedad de la sociedad colombiana o ella misma: un grupo de ricos, junto con la Iglesia y los dos partidos políticos tradicionales.

Ya el siglo XIX y los comienzos del XX habían sido un conflicto de clases dominantes, que se convirtió en la denominada ‘Violencia’, la cual al parecer finalizó con el Frente Nacional y de esa forma, con las amenazas de una guerra interpartidista, a lo que se suma, como rosario de vergüen-

zas, entre otras, la Guerra de los Mil Días entre 1899 y 1902, la guerra de 1851, la Guerra de los Supremos de 1839 a 1841, la de 1895, la de 1885, la de 1876, la de 1859 a 1862 y el golpe del general José María Melo en 1854, aunque, de todas formas, como opinan expertos de la talla de David Bushnell², “todas las guerras civiles juntas del siglo XIX en Colombia habrían producido menos muertos que la Guerra Civil de los Estados Unidos, tanto en términos absolutos como relativos”. Y con ‘El Bogotazo’ —como manifestación de continuidad de los conflictos del siglo XIX—, la violencia —como manifestación de un comportamiento colectivo generalizado— cubrió todo el territorio nacional y nos hizo pensar que nuestra nacionalidad estaba asociada con la barbarie.

En los años setenta del siglo XX y en adelante, el auge del narcotráfico y la presencia de sus líderes negativos en la sociedad, modificaron el contexto político, social y económico bajo el cual el conflicto armado cobraría nuevos alicientes, sumado a que las organizaciones al margen de la ley, de tipo guerrillero y paramilitar, en el tráfico de drogas y en el secuestro también encontraron las fuentes de financiación para su actividad ilícita, que influyó hasta en lo más íntimo de los partidos políticos tradicionales, terriblemente

1 Posada Carbó, E. (2007). *La Nación Soñada*. Bogotá: Editorial Norma y Fundación Ideas para la Paz, p. 281.

2 Posada Carbó, E., op. cit., p. 58.

fragmentados y entre los cuales se encontrarían algunos cuya ansia de poder los llevaría incluso a planear intelectualmente asesinatos como el de Luis Carlos Galán.

Después, como diría Hernando Gómez Buendía, ante “el rasgo más chocante de la ‘personalidad’ colombiana” que es el de “nuestra asombrosa incapacidad para resolver conflictos”³ debido a nuestra intolerancia, entre otros motivos, el viernes 25 de agosto de 1989, ‘fue necesario que el espíritu nacional se estremeciera’⁴ una semana después del asesinato, el 17 de agosto, del magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá Carlos Ernesto Valencia⁵ y el 18 de agosto de Luis Carlos Galán Sarmiento en Soacha y del coronel (póstumamente general) Valdemar Franklin Quintero en Medellín, cuando más de 20.000 estudiantes de las universidades participamos en la ‘marcha del silencio’, que fue ‘la voz’ del proceso transformador que se avecinaba.

En esa marcha, a las puertas del Cementerio Central de Bogotá, algunos de nuestros compañeros con megáfono, leyeron un panfleto de media cuartilla en el que se consignaba la aprobación de nuestra generación a los siguientes seis puntos⁶:

1. El rechazo a todo tipo de violencia, cualesquiera que sean las ideologías o los intereses que pretendan justificarla.
2. La exigencia al respeto de los derechos humanos en Colombia.
3. El apoyo a las instituciones democráticas en su lucha contra todas aquellas fuerzas que pretenden desestabilizarlas, llámense narcotráfico, guerrilla, grupos paramilitares u otros.
4. El rechazo para estos fines, y en virtud de la autodeterminación de los pueblos, de cualquier tipo de intervención armada por parte de estados extranjeros.
5. La solicitud de convocatoria al pueblo para que se reformen aquellas instituciones que impiden que se conjure la crisis actual.
6. La exigencia de la depuración exhaustiva de las Fuerzas Armadas, de la Policía, del Gobierno y de los partidos políticos.

Sin embargo, luego de la marcha, las oleadas terroristas no se dejaron esperar: 27 de agosto en Medellín, nueve agencias bancarias dinamitadas de los bancos Cafetero, de Colombia, del Estado y del Comercio, y desactivadas bombas en otras cuatro sucursales, así como en el edificio Montreyy y en el Club Unión; 2 de septiembre, 150 kilos de dinamita destruyeron las instalaciones de *El Espectador* y fueron heridas 73 personas; el 16 de octubre, el turno, con cuatro muertos, le correspondería en Bucaramanga al diario *Vanguardia Liberal*; el 27 de noviembre la bomba al avión HK-1803 que cubría la ruta Bogotá-Cali; el 6 de diciembre, una tonelada de dinamita al 90%, cobraría 41 muertos y 300 heridos en las instalaciones del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, las cuales quedaron totalmente destruidas

3 Posada Carbó, E., op. cit., p. 67.

4 Buenahora Febres-Cordero, J. (1991). *El Proceso Constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá: Cámara de Representantes – Pontificia Universidad Javeriana, Programa de Estudios Políticos, p. 106.

5 Fue el ponente de la Providencia que confirmó el auto de llamamiento a juicio contra Pablo Escobar Gaviria y tres sicarios como autores intelectual y materiales del asesinato del periodista Guillermo Cano, director de *El Espectador*, ocurrido el 17 de diciembre de 1986. El asesinato del magistrado dio lugar a que todos los integrantes del Tribunal Superior de Bogotá presentaran ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Fabio Morón Díaz, renuncia masiva a sus cargos.

6 Buenahora Febres-Cordero, J., op. cit., p. 109.



junto con propiedades de particulares en ocho cuadras a la redonda; mejor dicho, lo que el cantautor colombiano Andrés Cepeda cantaría como “es la historia de mi generación”.

La propuesta de los estudiantes del 25 de agosto llevó a realizar una gran cruzada nacional, a través de una publicación en *El Tiempo* el 22 de octubre de 1989, con la cual se recogieron 35.000 firmas de apoyo a la iniciativa titulada “Todavía podemos salvar a Colombia”, las cuales se remitieron al Presidente Virgilio Barco Vargas con una importante solicitud que dio origen a lo que se conoció como “El Gran Debate Nacional”, en el cual se dio un proceso amplio y democrático, a través de mesas de trabajo y comisiones preparatorias, como nunca antes el país había conocido.

El 3 de mayo de 1990, el Gobierno Barco Vargas expidió el Decreto 927, mediante el cual, en ejercicio de las atribuciones que le confería el artículo 121 de la Constitución de 1886 y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional⁷, y ordenó contabilizar los votos sobre la Constituyente en las elecciones presidenciales. El 24 de mayo, la Corte Suprema de Justicia, dentro de las funciones que le correspondían, declaró constitucional el Decreto mediante el cual se convocó al pueblo colombiano para votar por la convocatoria de la Asamblea. No sobra advertir, como lo hace el exmagistrado Manuel José Cepeda, que ningún país de América Latina distinto a Colombia “goza de una tradición de control constitucional tan antigua, ininterrumpida, amplia e inclusive en ocasiones activista”⁸, la cual aparece desde la misma Constitución de Tunja de 1811 con

un Senado conservador de la Constitución y se hizo más patente al introducirse esta función por medio del Acto Legislativo No 03 de 1910.

El 4 de mayo de 1990, comenzaron en Bogotá las deliberaciones del “Primer Congreso Estudiantil por la Constituyente”, en el cual participaban representantes de más de cien universidades y colegios del país. En sus conclusiones se manifestaba que el decreto del Gobierno no cumplía completamente las aspiraciones del movimiento estudiantil.

A los tres días de pronunciada la sentencia de la Corte, se realizaron las elecciones presidenciales; dentro de ese certamen electoral se votó por la convocatoria o la negativa para la reunión de la Asamblea Nacional Constituyente.

El domingo 27 de mayo, en las elecciones presidenciales que dieron el triunfo al Partido Liberal y en las cuales resultó electo el economista risaraldense César Augusto Gaviria Trujillo como Presidente de la República, el pueblo colombiano votó masivamente como Poder Constituyente Primario por la convocatoria de una Asamblea Constituyente con el fin de hacer las reformas necesarias e indispensables a la Constitución Nacional de Colombia. La votación masiva de los colombianos ese 27 de mayo de 1990 fue de 5'236.863 votos a favor y 363.656 votos en contra, lo cual contrastaba con los sufragios en blanco, tan sólo 230.080.

Como no era conveniente marginar del proceso a los partidos políticos, el Presidente Gaviria, tan pronto se posesionó, reunió a sus representantes para que acordaran las bases y los temas de la reforma, las reglas para el funcionamiento de la Asamblea y la elección de sus miembros. El Partido Liberal, el Partido Social Conservador, el Movimiento de Salvación Nacional, la Alianza Democrática M-19 y la Unión Patriótica, convergieron en dos acuerdos que fueron incorporados a las

7 Cepeda, M. J. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República – Consejería para el Desarrollo de la Constitución, p. 231.

8 Posada Carbó, E., op. cit., p. 121.

elecciones siguientes. Y es que en su condición de Presidente electo y Director del Partido Liberal, César Gaviria Trujillo había dirigido, el 22 de julio de 1990, a Álvaro Gómez Hurtado, Álvaro Villegas Moreno y Antonio Navarro Wolff, como voceros del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido Social Conservador y de la Alianza Democrática M-19, respectivamente, una carta que con algunas reformas se convirtió el 2 de agosto de 1990 en el acuerdo ya citado que firmaron el Presidente Gaviria, Rodrigo Marín Bernal en representación de Salvación Nacional, Álvaro Villegas Moreno en nombre del Partido Social Conservador y Antonio Navarro Wolff por el M-19. Por tanto, los primeros negociadores para la Asamblea fueron los representantes de los movimientos que habían tenido amplia votación en las elecciones presidenciales, quienes suscribieron por sí o sus representantes, el famoso acuerdo político conocido como el “Acuerdo de la Casa de Nariño”, (incorporado en el Decreto 1926 de 1990) y que nos presenta este abanico ideológico unido en un solo fin.

De los acuerdos interpartidarios surgió entonces la configuración pluralista de la Asamblea, que también fue algo nuevo. En efecto, se llegó a determinar que en ese cuerpo estarían no sólo las distintas fuerzas políticas, sino también las fuerzas sociales y regionales que inscribieran listas.

Se convino aplazar hasta el 25 de noviembre de 1990 la fecha para convocar la Asamblea y elegir a sus miembros y se extendió el número de sus integrantes a setenta, creándose además una Comisión Asesora del Ejecutivo, compuesta por seis personas designadas por el Presidente de la República, que se encargaría de redactar el proyecto definitivo que sería presentado a la Asamblea bajo responsabilidad del Gobierno, previa consulta con los representantes de las fuerzas políticas.

Así, con el propósito de garantizar a los partidos políticos, a sus vertientes y a movimientos

distintos de los tradicionales, superar esa época ‘Frentenacionalista’, se produjo este arreglo institucional que permitió desde 1991 una reconfiguración del panorama político y de liderazgo en Colombia.

Nicolás Gómez Dávila, ‘el reaccionario auténtico’, habló así de las revoluciones e ideologías, para nosotros poder matizar la situación que se vivía en Colombia con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991:

«El Estado. Hecho bruto, total, masivo, que tanto en sus formas embrionaria, como en las de su plena articulación orgánica, engloba al hombre. Estructura de mandatos coagulados en instituciones que el individuo encuentra no sólo como realidades carnales que lo encauzan, sino también como reflejos mentales que lo rigen.

«Morada de todos nuestros actos, ciertamente, pero morada que nuestros actos derrumban o edifican. Ordenación objetiva, pero asentada sobre una rama de opciones personales. Fábrica pétreo, y sin embargo proyecto que debemos absolver o condenar en todo instante. No solamente necesidad histórica, sino también construcción jurídica» (Gómez Dávila, 1988. *De Iure*. P. 69).

Importa también resaltar que “el hilo conductor del proceso fue el concepto de que era el pueblo el que iniciaba, exigía y decretaba la convocatoria de la Asamblea, lo que hacía a título de constituyente primario. Es por eso que se produjeron tres votaciones (la del 11 de marzo, la del 27 de mayo y la del 9 de diciembre), reclamando, reiterando, convocando, eligiendo y reglamentando la Asamblea”⁹. La primera votación fue informal, las otras dos, la que dio origen a la Asamblea y la



de su conformación en diciembre de 1990, fueron autorizadas por el Gobierno.

En diciembre de 1990 fueron elegidos los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, con base en la siguiente repartición partidista¹⁰:

- Constituyentes elegidos en las listas liberales (23):
- Horacio Serpa Uribe, Guillermo Perry Rubio, Eduardo Verano de la Rosa, Jaime Castro Castro, Hernando Herrera Vergara, Jesús Pérez González-Rubio, Carlos Apolinar Lemos Simmons, Diego Uribe Vargas, Julio Simón Salgado Vásquez, Antonio Galán Sarmiento, Helena Herrán de Montoya, Alfonso Palacio Rudas, Juan B. Fernández Renowitzky, Carlos Fernando Giraldo Ángel, Eduardo Espinosa Facio-Lince, Armando Holguín, Miguel Antonio Yepes Parra, Carlos Holmes Trujillo García, Guillermo Guerrero Figueroa, Gustavo Zafra Roldán, Iván Marulanda Gómez, Guillermo Plazas Alcíd y Jaime Arias López.
- Constituyentes elegidos en la lista del M-19 (19):
- Antonio José Navarro Wolff, Carlos Ossa Escobar, Álvaro Leyva Durán, Rosemberg Pabón Pabón, José María Velasco Guerrero, María Mercedes Carranza Coronado, María Teresa Garcés Lloreda, Héctor Pineda Salazar, Fabio de Jesús Villa Rodríguez, Angelino Garzón, Otty Patiño Hormaza, Oscar Hoyos Naranjo, José Germán Toro Zuluaga, Orlando Enrique Fals Borda, Augusto Ramírez Cardona, Abel Rodríguez Céspedes, Germán Rojas Niño, Álvaro Echeverry Uruburu y Francisco

Maturana García¹¹ (reemplazado por Marco Antonio Chalita Valenzuela).

- Constituyentes elegidos en la lista del Movimiento de Salvación Nacional (11):
- Álvaro Gómez Hurtado, Carlos Lleras de la Fuente, Raimundo Emiliani Román, Tulio Enrique Cuevas Romero, Alberto Zalamea Costa, Cornelio Reyes Reyes, Rafael Ignacio Molina Giraldo, Luis Guillermo Nieto Roa, Álvaro Federico Cala Hederich, Carlos Daniel Abello Roca y Juan Carlos Esguerra Portocarrero.
- Constituyentes elegidos en listas del Partido Conservador (10):
- Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo, Mariano Ospina Hernández, Hernando Yepes Arcila, Carlos Rodado Noriega, Juan Gómez Martínez, Hernando Londoño Jiménez, Rodrigo Lloreda Caicedo, Miguel Santamaría Dávila y Rodrigo Llorente Martínez (quien reemplazó al expresidente Pastrana).
- Constituyentes elegidos por la lista de la Unión Patriótica, UP (2):
- Alfredo Vázquez Carrizosa y Aída Yolanda Abella Esquivel.
- Constituyentes del Movimiento de Unión Cristiana (2):
- Jaime Ortiz Hurtado y Arturo Mejía Borda.
- Constituyentes elegidos por los movimientos indígenas (2):

10 Olano García, H. A. (2011). *Constitución Política de Colombia –Concordada*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. ix-xi.

11 El odontólogo Francisco Maturana García prefirió aceptar la propuesta económica para dirigir el equipo de fútbol Valladolid de España a continuar en la Asamblea Nacional Constituyente.

Taita Lorenzo Muelas Hurtado (Autoridades Indígenas de Colombia) y Francisco Rojas Birry (Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC).

- Constituyente elegido en nombre del Movimiento Unido Estudiantil (1):
- Fernando Carrillo Flórez.
- Constituyentes reinsertados a la vida civil (4):

Jaime Fajardo Landaeta (EPL), Valentín González (EPL), Darío Mejía (PRT) y Alfonso Peña Chepe (Quintín Lame). Los del EPL con voz y voto y los otros dos sólo con voz.

Según el profesor Ricardo Zuluaga Gil¹², la ausencia más notoria en la Constituyente fue la de las negritudes, pues el único candidato inscrito por esta minoría étnica fue Carlos Rosero, quien obtuvo tan sólo 3.168 votos, y agrega:

«Esa nula representación, lógicamente, vino a reflejarse en la escasa relevancia que el texto de la Constitución le concedió a este conglomerado humano tan apreciable, y al que escasamente se le menciona en los artículos transitorios del texto (el 55). Sobre este episodio, el exconstituyente Jaime Arias López tiene una lectura muy particular: “Infortunadamente la actitud del profesor Francisco Maturana fue irresponsable porque él, según versiones que tengo de connotados integrantes del M-19, se comprometió no solamente a liderar la parte deportiva, sino también a representar a las negritudes. Pero ocurre que el profesor Maturana sólo hizo presencia en la Asamblea Constituyente para instalarse y para renunciar. De resto, no participó porque tenía unos

contratos deportivos que seguramente lo comprometían mucho más. Sin embargo, en el escenario de la Constituyente hubo mucha participación de los grupos raizales de San Andrés, de negritudes provenientes de la Costa Pacífica y de la Costa Atlántica, de grupos albergados en otras regiones del país y con unas problemáticas diferentes. Además, el Secretario General de la Asamblea, Jacobo Pérez Escobar, los representó dignamente.”»

Además, como pudo observarse, el grupo de delegatarios del M-19, coincidentalmente 19, fue el que causó más expectativa por su conformación y por el sinnúmero de propuestas que de él surgieron y, no obstante haber sido recibidos ‘con alfombra roja’, algunos de ellos como Antonio Navarro Wolf¹³ advirtieron cierta ‘intolerancia política’ en el país al verlos en las curules y en los cargos muy poco tiempo después de haberse producido uno de los más luctuosos acontecimientos de la historia reciente de Colombia, la toma del Palacio de Justicia en 1985.

Hay que resaltar que ni las FARC ni el ELN participaron del proceso constituyente, no obstante el llamado que el Presidente Gaviria les haría y les hizo al proclamar la Constitución, para reunirse con el Gobierno y reanudar los diálogos de Tlaxcala en México. Dichos grupos guerrilleros no se formaron ni siquiera para luchar por los derechos de las comunidades indígenas y afrocolombianas, pues como señala Eduardo Posada Carbó¹⁴: “Sus cuadros directivos no los representan en sentido alguno: por largos años el máximo dirigente del ELN fue un ¡cura blanco español! Ni las reivindicaciones étnicas son sus objetivos centrales. Más aún esos grupos guerrilleros, las FARC en particular, han dirigido repetidas operaciones militares contra las comunidades indígenas. El único grupo

12 Zuluaga Gil, R. (2008). *De la Expectativa al Desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali, p. 91.

13 Posada Carbó, E., op. cit., p. 82.

14 Posada Carbó, E., op. cit., p. 76.



insurgente con abiertas credenciales étnicas fue el Movimiento Armado Quintín Lame, fundado en 1985. Este grupo, sin embargo, se acogió a las negociaciones de paz iniciadas en 1988, que desembocaron en los acuerdos de desmovilización de 1991, en un proceso considerado como exitoso”.

El caso es que de las 180 listas inscritas para la Asamblea Nacional Constituyente, la Registraduría Nacional del Estado Civil rechazó 61 por encontrar inconsistencias en las firmas que sustentaban la inscripción. Quedaron entonces 119 listas con 750 candidatos; 90 listas no obtuvieron participación en la Asamblea y las 29 más fuertes lograron imponer con sus votos a sus candidatos. A partir de la lista 30 en votación, encontramos a Regina Once con 20.225 votos y el último fue Manuel Bernal con 404 votos. El sorteo de los números del tarjetón se realizó el 10 de noviembre de 1990, habiéndole correspondido el 001 a Gustavo Álvarez Gardeazábal del movimiento “Todavía se puede gobernar sin robar”, y el 119 al general Fernando Landazábal Reyes del Movimiento de Integración Nacional y de las Reservas de las Fuerzas Armadas.

El 9 de diciembre de 1990, escrutado 100% de las 50.074 mesas, el total de la votación por los candidatos a integrar la Asamblea Nacional Constituyente fue de 3.710.557 votos, incluidos 37.735 votos en blanco y 24.467 votos nulos. El profesor Ricardo Zuluaga Gil¹⁵ señalaba en 2008 que:

«Desde el punto de vista político, un resultado electoral tan pobre como el que se produjo ese día, significa sembrar otra grave sombra sobre la legitimidad del proceso, porque demuestra claramente que el pueblo no conocía, no comprendía, o no deseaba la tan publicitada reforma de la Constitución. Incluso Misael Pastrana, ante la evidencia de ese resultado afirmó

(el 19 de diciembre de 1990 en El Espectador) en su momento que: «la gran ganadora del evento de hoy es la Constitución de 1886, si se tiene en cuenta que de 14 millones y medio de electores potenciales, sólo lo hicieron por el nuevo estatuto, al parecer, un número aproximado de tres millones y medio, o sea 11 millones se mantuvieron indiferentes a la necesidad de modificar la que nos ha regido por 104 años”.»

Como cabeza de lista, las cinco con mayor votación fueron: 26,75% para Antonio Navarro Wolf con 992.613 votos, seguido de Álvaro Gómez Hurtado con 15,48%, es decir, 574.411 votos; en tercer lugar Misael Pastrana Borrero con 236.794 votos wue representaron 6,38%; luego Horacio Serpa Uribe con 138.662 votos y 3,73%; Jaime Castro con 3,71% equivalente a 137.943 votos. De los 70 candidatos favorecidos, 45 obtuvieron la curul por cuociente y 25 por residuo, correspondiendo estos sufragios a 83,86% de la votación total.

El censo electoral estaba en 14.237.010 ciudadanos aptos para votar, correspondiendo la abstención a 74%, aunque, “más importante que el fenómeno abstencionista resulta la quiebra del bipartidismo tradicional [...] quizá durante largas décadas el rasgo más característico del sistema político colombiano. Comenzaba la historia del pluralismo democrático, sin duda el primer gran triunfo de la Asamblea Nacional Constituyente”¹⁶.

Los liberales utilizaron la ‘Operación Avispa’, inscribiendo 36 listas distintas, con las cuales lograron sus 23 curules. Ese mecanismo típico del ‘manzanillismo electoral’ fue definido así:

«Con toda claridad y con gran fuerza no exenta de dramatismo por El Cofrade, el constituyente Alfonso Palacio Rudas, en una de sus

15 Zuluaga Gil, R., op. cit., pp. 81-82.

16 Buenahora Febres-Cordero, J., op. cit., pp. 362-363.

primeras intervenciones en la Constituyente: "Somos unos náufragos que llegamos a la playa de la Constituyente agarrándonos de los palos, de las llantas desinfladas, de lo que se podía"»¹⁷.

El Constituyente Alberto Zalamea llegó a decir que la Asamblea sucumbió a la atracción insuperable de la mediocridad¹⁸. Así, los miembros de las respectivas comisiones, o 'constitucioneros', como diría Rufino J. Cuervo, fueron finalmente elegidos el 12 de febrero de 1991.

En el Diario No. 2 de la Asamblea Nacional Constituyente, de febrero 6 de 1991, se lee que la sesión de la Junta Preparatoria de la Asamblea, "siguiendo el orden alfabético de apellidos", correspondió presidirla a "los doctores Aída Yolanda Abella Esquivel y Carlos Daniel Abello Roca".

En la sesión de instalación, solicitó la palabra el Constituyente Horacio Serpa Uribe, quien propuso un receso con el fin de buscar acuerdos para la elección de la Mesa Directiva y, ante esto, el delegatario Luis Guillermo Nieto Roa propuso someter en la primera sesión a consideración, discusión y aprobación, los puntos referentes a la composición, integración y modo de elección de la mesa directiva, pues en razón de algunas fórmulas propuestas en la elección de la Junta Directiva podrían modificar, en caso de ser aprobada una de ellas, el texto y el sentido de varios de los artículos del reglamento previstos por los Compromisos del Acuerdo.

La Asamblea, al terminar las sesiones, designó una Comisión de Estilo para que en el término

de 24 horas corrigiera gramaticalmente el texto constitucional: María Mercedes Carranza, Alberto Zalamea, Carlos Rodado, Raimundo Emiliani y Juan B. Fernández. Perdidos 192 artículos de la Carta por un virus de computador, la Comisión de Estilo tuvo que pedirle ayuda al ingeniero Carlos Garavito, Jefe de Sistemas de la Presidencia de la República, quien después de 30 horas de tratar de arrebatarse los textos a la máquina, sufrió un colapso nervioso y tuvo que ser hospitalizado. Luego, se contó con la colaboración de un ingeniero postulado por la AD-M-19, quien le puso una especie de clave secreta a los artículos con nombres de mujeres (Martha, Margarita, Clemencia, Gloria), con el único inconveniente de haber olvidado luego qué mujer correspondía a cada artículo, capítulo o título de la Constitución. "Ahí fue Troya. El despelote mental contagió la máquina que dejó de trabajar en son de protesta"¹⁹.

En el Salón Elíptico del Capitolio Nacional, en la noche del 4 de julio, bajo los acordes del Aleluya de Häendel, se llevaría a cabo la sesión de firma, proclamación y sanción de la nueva Carta. Los discursos estuvieron en su orden a cargo del Presidente de la República César Gaviria Trujillo, Horacio Serpa Uribe, Antonio Navarro Wolf y Álvaro Gómez Hurtado, quienes a una sola voz proclamaron la Carta como presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo, Jaime Castro sostiene que "la Constitución nos quedó muy larga porque nos hizo falta tiempo para pulirla"²⁰.

17 De La Calle Lombana, H. (2004). *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Editorial Planeta, p. 99.

18 Zalamea Costa, A. (1991). *Diario de un Constituyente*. Bogotá: Temis y Zalamea Fajardo Editores, p. 165.

19 De La Calle Lombana, H., op. cit., p. 222.

20 Zuluaga Gil, R., op. cit., p. 179.



REFERENCIAS

Buenahora Febres-Cordero, J. (1991). *El Proceso Constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá: Cámara de Representantes – Pontificia Universidad Javeriana, Programa de Estudios Políticos.

Cepeda, M. J. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República – Consejería para el Desarrollo de la Constitución.

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

Olano García, H. A. (2007). *Constitucionalismo Histórico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Olano García, H. A. (2011). *Brocardos Jurídicos*. Bogotá: Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Olano García, H. A. (2011). *Constitución Política de Colombia –Concordada*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Posada Carbó, E. (2007). *La Nación Soñada*. Bogotá: Editorial Norma y Fundación Ideas para la Paz.

Zalamea Costa, A. (1991). *Diario de un Constituyente*. Bogotá: Temis y Zalamea Fajardo Editores.

Zuluaga Gil, R. (2008). *De la Expectativa al Desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

Leonardo García Jaramillo

Abogado con estudios de filosofía. Actualmente cursa la maestría en Humanidades, con énfasis en Política, Universidad EAFIT–Medellín. Miembro del Instituto de Estudios Constitucionales «Carlos Restrepo Piedrahita » de la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros, sobre ciencia política, derecho constitucional y teoría jurídica. Profesor y editor, Universidad EAFIT–Medellín.



Logros y desafíos

de una democracia constitucional en construcción

Por: Leonardo García Jaramillo

INTRODUCCIÓN

No hubo que esperar hasta la conmemoración de los veinte años de la Constitución Política, el 7 de julio de 1991¹, para reconocer que se trata del pacto social más democrático que ha tenido el país en dos siglos de existencia republicana. Muy pronto se contrastó con lo que hasta entonces había sido la historia del constitucionalismo colombiano. Si bien tradicionalmente ha predominado una adherencia al constitucionalismo² y en comparación con varios países de la región se han vivido escasos períodos de dictadura, las constituciones previas a la vigente, aunque pueda parecer radical la alusión de “cartas de batalla”³, tendieron a ser imposiciones, en forma de norma suprema, de los vencedores sobre los vencidos a quienes se les otorgaba escasa oportunidad de participación. No reconocían

la diversidad étnica y cultural del país, así como su integración plural en lo ideológico y lo político. Fueron pactos coyunturales caracterizados además por su poca durabilidad. Conforme al historiador Carlos Restrepo Piedrahita (2009), en nuestra historia se pueden distinguir dos momentos relevantes marcados por las constituciones provinciales (1811, 1812 reformada en 1814) y las constituciones políticas nacionales (1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886).

Su volatilidad temporal se debió, en parte, a la escasa representatividad que ostentaban respecto del país que pretendían regular. Sólo dos superaron los veinte años de existencia: la Constitución de Rionegro (1863) y la Constitución regeneracionista del expresidente Rafael Núñez y su ideólogo Miguel Antonio Caro (1886). La primera surgió con el triunfo del radicalismo liberal y la segunda fue expresión del triunfo conservador de Núñez, quien, al ganar la guerra civil de 1885, proclamó que la Constitución de Rionegro había dejado de existir. No impuso una dictadura sino una Constitución en la cual, si bien reconocía la separación de poderes y amparaba derechos, retomaba el poder que tenían los estados independientes, mas cedió otros como la educación pública y el registro civil a la iglesia católica. Era una Constitución que respondía a su época. Hubo autoritarismo por un Ejecutivo muy poderoso, pero se logró evitar el desmembramiento del país por la violencia de entonces. Estaba for-

1 Aunque puntilloso, se quisiera señalar que si bien el aniversario de la Constitución se suele celebrar el 4 de julio, día de su promulgación —con 380 artículos y 59 disposiciones transitorias—, se debería celebrar el 7 del mismo mes, que fue cuando se publicó en la Gaceta de la Asamblea.

2 En virtud de la cual en Colombia se evitó el ascenso al poder de caudillos que rigieron los destinos de Venezuela (José Antonio Páez y Juan Vicente Gómez), Argentina (Juan Manuel de Rosas) y México (Porfirio Díaz). “Y gracias a él evitamos la autoperpetuación en el poder de Álvaro Uribe” (Uprimny, 2011).

3 Como las denominó Hernando Valencia Villa en su exitoso opúsculo, con ese título, publicado en 1987 por la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

malmente consagrada la división entre las ramas del poder público, pero no había equilibrio de poderes ni frenos y contrapesos institucionales. Las otras ramas eran débiles, en particular la justicia.

Aunque válidas jurídicamente porque fueron promulgadas con respeto a los procedimientos establecidos, estas constituciones no contaron con la legitimidad política que puede reclamar para sí la Constitución de 1991 por la inclusión ideológica representada en una apertura democrática inédita en nuestra historia. Compartimos con Posada Carbó (2006) que es una defensa precaria de la Constitución de 1991 argüir que fue la única en que no se dio una imposición de los vencedores sobre los vencidos, pero no resulta incorrecto enfatizar en características suficientemente explicativas del texto vigente. Es incluyente en lo político, sensible a las minorías, pluralista en lo ideológico e igualitaria en lo social. Consagró un cambio radical en el paradigma del funcionamiento del Estado respecto de sus fines. La Constitución de 1991 fue sin duda un reflejo de la pluralidad de fuerzas representadas en la misma Asamblea, desde su elección hasta las deliberaciones en las cuales se aprobaban o improban los proyectos de acto reformativo. Ninguna fuerza política contaba con las mayorías necesarias para imponer un cambio sin que tuviera que mediar el consenso. Es una Constitución sobre la cual ningún partido puede reclamar paternidad.

Además de la creación de instituciones reconocidas como la Fiscalía General, de otras vilipendiadas como el Consejo Superior de la Judicatura y de otras bien concebidas pero mal diseñadas como la Comisión Nacional de Televisión, el establecimiento de una jurisdicción constitucional independiente a cuya cabeza se ubicó un tribunal especializado, ha sido, si no el más, uno de los aspectos más altamente ponderados de la Constitución. Es difícil encontrar una cuestión de la convulsionada realidad social colom-

biana sobre la cual no se haya pronunciado la Corte Constitucional. "La verdad es que la Corte Constitucional no se mete en todo, sino que la meten en todo"⁴. El nuevo derecho como recepción y configuración local del neoconstitucionalismo trasnacional, constituye un marco desde el cual puede entenderse la discusión por la presunta intromisión de la Corte en las funciones y competencias de otros organismos del Estado.

En este ensayo se analizarán algunos de los principales elementos del nuevo constitucionalismo colombiano, a partir del proceso constituyente y en concreto desde uno de los asuntos más contenciosos en estos años de expansión de los contenidos materiales de la Constitución, por cuenta del trabajo de la institución a la que se le confió la guarda de su integridad y supremacía. La cuestión sobre la que se espera presentar algunas reflexiones, tiene que ver con el rol que debe prestarle un tribunal constitucional a una sociedad profundamente desigual y con carencias de representación ante las instancias de decisión política, que a la vez se enmarca en una democracia que no es ya la mera representación electoral de la ciudadanía mayoritaria, sino una forma de organización político-social sustantivada por las reglas de juego electoral y por los principios constitucionales.

LA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL

Para entender la necesidad de realizar un cambio radical en el sistema jurídico anterior, no se puede perder de vista la profunda crisis institucional y social que se vivía a finales de 1980. El país estaba conmocionado por el constante asesinato de líderes políticos, periodistas, jueces y policías. Miles de ciudadanos cayeron también víctimas de

4 Expresó al respecto Manuel José Cepeda en conferencia impartida en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario. Bogotá, febrero 18, 19 y 20 de 2004.



los carros-bomba que 'Los Extraditables' hicieron estallar en sitios concurridos de las principales ciudades del país. Habían pactado recompensas por policías asesinados, ordenado la muerte del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla (abril de 1984), del Procurador Carlos Mauro Hoyos (enero de 1988) y de Guillermo Cano (diciembre de 1986), director del periódico El Espectador y crítico aguerrido de las incursiones políticas de Pablo Escobar. En 1989 Antioquia despidió abruptamente a su gobernador, Antonio Roldán Betancur (julio) y al comandante de la policía, Valdemar Franklin Quintero (agosto). En noviembre explotó una bomba en un avión en vuelo para atacar contra la vida de César Gaviria, quien canceló su viaje a último momento; el saldo fue de 107 muertos.

Un comando armado del movimiento guerrillero M-19 se tomó el Palacio de Justicia (noviembre de 1985), sede de las altas cortes y, luego de una criticada incursión de las fuerzas militares y de policía, de los cerca de 350 rehenes murieron 95, 11 de ellos magistrados. Acontecía una aguda violación de derechos humanos en todo el país. La hasta entonces insondable crisis encontró fondo en agosto de 1989 cuando, durante una concentración política, cayó asesinado Luis Carlos Galán. Este hecho conmocionaría a la sociedad colombiana hasta el punto de que se originó, desde bases sociales y en particular estudiantiles, la necesidad de realizar un cambio radical al sistema jurídico. En la misma campaña presidencial para el cuatrienio 1990-1994 fueron asesinados, por órdenes del narcoterrorismo, otros tres candidatos presidenciales. Se trató de Jaime Pardo Leal (octubre de 1987), Bernardo Jaramillo (marzo de 1990) y Carlos Pizarro (abril de 1990). En abril de 1991 fue asesinado el ex ministro de Justicia, Enrique Low Mutra.

El grupo estudiantil convocó, el 25 de agosto de 1989, a una marcha del silencio en respuesta a la violencia y debido a la frustración causada

por la impotencia de lograr un cambio ante el aparente colapso del Estado por el accionar de pequeños pero poderosos grupos. Estos sentimientos se transformaron en una fuerza que, aunada al desgaste institucional por la imposibilidad de reformar la Constitución de 1886, contribuyó decisivamente al cambio en el sistema jurídico. Se inspiraron quizá en las marchas que convocó Jorge Eliecer Gaitán cuando, siendo jefe único del Partido Liberal, se conoció a inicios de 1948 de numerosas muertes de copartidarios y de conservadores en varios pueblos. En estas marchas, separadas por casi medio siglo, sólo se escuchó el ondear de banderas y el viento que se estrellaba contra las pancartas. La crisis suscitó una esperanza ciudadana que se reforzó por la decidida voluntad política de realizar un cambio constitucional y por exitosos procesos de desmovilización guerrillera durante el gobierno de Virgilio Barco (1986 – 1990).

Los gobiernos de Turbay, López y Barco procuraron, infructuosamente, modificar la Constitución de 1886 que, si bien había sufrido 67 reformas en 105 años de existencia⁵, ya no interpretaba adecuadamente a la sociedad. Realizaron en total cinco intentos, unos no culminaron el trámite legislativo y otros fueron declarados inconstitu-

5 Fueron particularmente relevantes las de 1910 y 1936, que limitaron su autoritarismo confesional y redujeron el poder del Ejecutivo. La primera estableció la elección popular directa del presidente, los diputados y concejales; confirió a la Corte Suprema el control constitucional de las leyes y estableció también un control difuso por vía judicial; redujo el período presidencial a cuatro años e impidió la reelección inmediata; prohibió la participación de militares en política, estableció un sistema para el nombramiento de miembros a las corporaciones públicas proporcional a los votos obtenidos y aseguró un mínimo de una tercera parte para el partido minoritario. La segunda eliminó privilegios para la iglesia católica y reguló una forma de libertad de cultos que tuvo incidencia en la implementación de una educación liberal; amplió el derecho al voto a los hombres mayores de 21 años independientemente de sus posesiones o alfabetismo; definió la propiedad como función social, introdujo el intervencionismo estatal en la economía, estableció como función del Estado la intervención en la educación y definió el trabajo como obligación social de especial protección.

cionales por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema. El argumento de la Corte era que el pueblo ya se había pronunciado en el sentido de que sólo por medio del Congreso se podría reformar la Constitución. El artículo 13 del plebiscito de 1957, que aprobó el cambio para que rigiera la forma de gobierno que condujo al Frente Nacional, determinó que el único proceso de reforma constitucional posible era el establecido por el artículo 218 de la Constitución de 1886. Respecto del criterio de reformabilidad, la Constitución anterior no ostentaba la deseable rigidez sino que se caracterizaba por una petrificación que tenía anquilosado al sistema jurídico.

Diversos y complejos acontecimientos de naturaleza política, jurídica y social, confluyeron a finales de 1980 en la necesidad imperativa de realizarle una reforma al texto constitucional entonces vigente. Los desafíos que le impusieron violentamente a la sociedad el narcoterrorismo, las primeras masacres paramilitares, las marchas campesinas armadas, el inicio de los secuestros políticos y la lucha contra la guerrilla, terminaron de poner en jaque a un sistema petrificado que no respondía a las necesidades de la sociedad. El gobierno Barco pretendió que los cambios se hicieran apelando al constituyente primario. Se requerían nuevas bases para el acuerdo político en el país y ajustes profundos en las instituciones jurídico-políticas, lo cual suscitó a finales de 1980 la respuesta social desde algunos gremios y la creación del “Movimiento Estudiantil por la Séptima Papeleta”.

Estudiantes y profesores universitarios, sobre todo del claustro Rosarista, propusieron que en las elecciones ordinarias del 11 de marzo de 1990 cuando se elegirían senadores, representantes, alcaldes⁶, diputados, concejales y el candidato

6 El Acto Legislativo 01 de 1986 permitió la elección popular de alcaldes. La Constitución de 1991 posibilitó la elección popular de gobernadores.

del Partido Liberal a la presidencia, el pueblo introdujera una papeleta adicional, la séptima, en la cual se expresara a favor de la convocatoria a una asamblea nacional constituyente. Universitarios en todo el país se sumaron a esta idea realizando asambleas y mesas de trabajo. Luego se concentraron en la idea de cómo debería ser la asamblea, precaviendo que no fueran unos pocos notables sino representantes del pueblo quienes redactaran una nueva Constitución.

Debido a que la papeleta adicional no estaba legalmente amparada, no se contabilizó por el Consejo Electoral. Fue sin embargo el catalizador de un movimiento de opinión que el gobierno Barco interpretó de forma tal que dictó el Decreto 927 (mayo 3 de 1990), en el cual ordenaba que la organización electoral contabilizara los votos que se produjeran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 para integrar una asamblea constitucional⁷. El Decreto fue sorpresivamente declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en la opinión popular, expresada con la séptima papeleta, y en las circunstancias de violencia, inestabilidad y descrédito institucionales. En la sentencia 59, de mayo 24 de 1990, sostuvo que “el país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo”.

Los cinco precandidatos liberales firmaron un manifiesto comprometiéndose a que si alguno resultaba elegido presidente, convocaba a una asamblea constituyente. Este fue el prin-

7 Decía la tarjeta electoral: “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución de Colombia: SI NO”.



cial componente político que derivó en la desmovilización del M-19. A pesar del asesinato de Pizarro, los desmovilizados siguieron en la paz y continuaron con el proceso político. Con amparo constitucional, se convocó a elecciones presidenciales y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución de 1886. Un reducido número del censo electoral vigente se expresó a favor⁸.

Elegido César Gaviria tomó posesión el 7 de agosto de 1990. Expidió, bajo estado de sitio, el Decreto 1926, de agosto 24 de 1990, para convocar a una asamblea. Regulaba también lo relativo a su conformación, estableció un temario, unas reglas electorales y realizó una serie de orientaciones para su funcionamiento. En sentencia 138 de octubre 9 de 1990, con ponencia de Fabio Morón Díaz que posteriormente integró la Corte Constitucional, la Corte Suprema varió su jurisprudencia para declarar constitucional, en una decisión muy dividida, tal Decreto. Encontró parcialmente inexecutable el Decreto tratándose de las limitaciones impuestas a la asamblea, en particular, el temario y el control posterior del resultado de las deliberaciones por la propia Corte. No era posible limitar el poder del constituyente primario, arguyó el alto Tribunal. La única limitación era la finalidad expresada de fortalecer la democracia participativa y las normas dirigidas a elegir a los representantes. Otorgó vía libre a la reforma integral de la Constitución convirtiendo a la Asamblea Constitucional en Asamblea Nacional Constituyente.

Las elecciones se realizaron el 9 de diciembre de 1990 con un total de 3.710.557 votos. Un am-

8 En la elección de la Asamblea hubo 75,34% de abstención, pues de los casi quince millones de electores habilitados, concurren a las urnas poco más de tres. Respecto a la representación por género, sólo cuatro mujeres resultaron electas.

plio espectro ideológico y político resultó elegido, después de gobiernos que se habían sucedido entre los dos partidos tradicionales que siempre mantuvieron mayorías absolutas en el Congreso, desde la implantación del Frente Nacional en 1958, una asamblea constituyente pluralista estuvo integrada por diversos sectores. La fuerza que obtuvo mayor respaldo fue la liberal con 31,22%; la segunda, la Alianza Democrática M-19 con 26,75%; y la tercera, el Movimiento de Salvación Nacional con 15,48%⁹. Además del M-19, la pluralidad política y social se expresaba en otros integrantes como los cristianos, los indígenas, la Unión Patriótica y los guerrilleros desmovilizados. La diversidad de fuerzas participantes dotó de legitimidad a la Asamblea para realizar los profundos cambios que se tenían previstos.

El proceso constituyente estuvo determinado tanto por acuerdos entre líderes políticos que interpretaron la necesidad de realizar un cambio, como por la expresión genuina de la ciudadanía. Fue ampliamente percibido como una oportunidad de democratizar a Colombia. Fue además la primera vez que se eligió un cuerpo colegiado por tarjetón y por listas nacionales, pues usualmente se hacía por departamentos. Como en ese entonces no había tarjetón para las elecciones, se incluía una papeleta por corporación. El sistema electoral organizado mediante papeletas no permitía una competencia justa, debido a que cada candidato tenía que repartir sus propias

9 Que equivale, respectivamente, a 25, 19 y 11 constituyentes, de un total de 74. Fueron elegidos 70 por votación directa y hubo 4 voceros de organizaciones subversivas desmovilizadas que se integraron posteriormente a las deliberaciones: dos por el Ejército Popular de Liberación, uno por el Partido Revolucionario de los Trabajadores y uno por el movimiento armado Quintín Lame. Sólo los dos primeros tenían derechos plenos, es decir voz y voto, mientras que los dos segundos sólo voz. Hubo en la elección de la Asamblea, el 9 de diciembre de 1990, un 75,34% de abstención, pues de los casi quince millones de electores habilitados, concurren a las urnas poco más de tres. Respecto a la representación por género, sólo cuatro mujeres resultaron electas.

papeletas, lo cual se facilitaba a quienes contaban con recursos significativos o quienes eran servidores públicos que tenían burocracia a su servicio.

La violencia que aquejaba al país se debía en parte a las restricciones que imponía el sistema democrático, pues al impedir la disidencia reducía la representación de numerosos sectores ante las instancias de decisión política. Una idea sobre la que se cimentó el proceso constituyente fue que una reforma sustancial al vetusto sistema político, era cardinal para darle una salida democrática a la profunda crisis que se vivía. Como desde la Asamblea se pretendió promulgar una Constitución que fuera duradera, pero no mediante autoritarismos, la apuesta fue por mayor democracia. Abrir espacios de participación democrática para cerrar las expresiones políticas mediadas por los levantamientos en armas, como hizo el M-19, fue uno de los principales cometidos de la Asamblea. En este sentido hay que decir que si bien la Constitución no consiguió la paz, deslegitimó por completo la apelación a la lucha armada. No sólo se posibilitó que otras tendencias políticas integraran el Congreso, sino que se dotó al ciudadano con mecanismos para ejercer plenamente su ciudadanía. El equilibrio efectivo de poderes, la garantía jurisdiccional a la Constitución, la incorporación de nuevos derechos, el reforzamiento de mecanismos para su protección y el resguardo a las reglas electorales, fueron herramientas concebidas en 1991 también para ampliar la democracia.

El 4 de febrero de 1991 se instaló la Asamblea. Se crearon cinco comisiones para estudiar los proyectos de “acto reformativo” que luego se presentarían ante la plenaria. Se conformaron según los siguientes temas: derechos, principios y deberes; reorganización de las entidades territoriales; estructura del Estado, relaciones internacionales y fuerzas armadas; justicia; y temas

económicos y de política fiscal. Lo aprobado y lo negado en comisión debía ser presentado ante la plenaria y una vez aprobado definitivamente, se realizaba un trámite de codificación. Además de los constituyentes, podían presentar proyectos el Gobierno, el Procurador, el Contralor y las altas cortes.

ELEMENTOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El nuevo derecho constitucional colombiano no tuvo un nacimiento tardío, pero un desarrollo precoz. En Estados Unidos, por una profusa doctrina y desde fallos como los proferidos por la Corte Warren (1953-1969), con el importante antecedente de *Marbury vs. Madison* (1803), y en los países europeos que salían del fascismo —Italia y Alemania— y las dictaduras —España y Portugal¹⁰—, aconteció una vertiginosa y profunda transformación de su derecho constitucional (Bellamy–Castiglione, 1996), (Hirschl, 2004), (Sunstein, 2004). Estos desarrollos, particularmente importantes en la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, en la interpretación del principio de igualdad y en la fundamentación de las maneras de resolver colisiones entre, por

10 Tres momentos pueden distinguirse de entrada al neoconstitucionalismo: los países que salieron del fascismo, es decir, Italia con su Constitución de 1947 y Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Luego los países que dejaron atrás a las dictaduras, tales como Grecia (1975), pero fundamentalmente Portugal (1976) y España (1978). Y finalmente los países que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o introducir reformas sustanciales que incorporaron elementos de estos procesos constituyentes en Europa, tales como Hungría, Suráfrica e India, pero también los países latinoamericanos: Paraguay en 1992, Perú en 1993, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, y Argentina en 1994. En estos últimos casos se trata sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad, tal como en Colombia lo fue el profundo desgaste institucional que trajo consigo el posfrente nacional por su cerrado sistema político y su estructuralmente débil forma de democracia representativa.



ejemplo, libertad de expresión e intimidad, no tuvieron casi ningún influjo en la jurisprudencia bajo la Constitución de 1886.

Desde el discurso de Gaviria en la instalación de la Asamblea y a partir de los proyectos presentados por el Gobierno, tal como la creación de una Corte Constitucional, se inició en 1991 la configuración de un nuevo paradigma jurídico que progresivamente sería edificado sobre las bases construidas por la jurisprudencia constitucional y la doctrina que, interesada por los desarrollos jurídicos transnacionales, estudió las formas en las cuales se implementaron reformas constitucionales ambiciosas en contextos como el español, el italiano y el germano. El respeto al pluralismo y la promoción de la igualdad por sobre la protección de la libertad, son ideas centrales de lo que primigeniamente se concibieron como caracteres distintivos del nuevo constitucionalismo en Colombia.

En tanto recepción y configuración local del neoconstitucionalismo transnacional, el concepto 'nuevo derecho' aunque pareciera denotar un cambio radical como el acontecido luego de una revolución, se empezó a usar desde las sesiones de la Asamblea debido a las novedades que se introducían en la nueva Constitución respecto del sistema anterior. El nuevo derecho colombiano es vanguardista de las tendencias que han acometido varios países de la región con el cambio o la reformulación de sus constituciones. El progresismo de las actuaciones judiciales y la judicialización de cuestiones tradicionalmente procedidas en la esfera política o legislativa, han desembocado en un inédito protagonismo judicial. Como una especie de rareza en el contexto iberoamericano e incluso global, la jurisdicción constitucional colombiana es considerada particularmente proactiva en sus sentencias y la que más ha judicializado diversos tipos de problemas públicos y políticos. Se suele citar

como comprometida con las tesis medulares del neoconstitucionalismo. En veinte años de prolija jurisprudencia la Corte ha tomado una serie de decisiones que han suscitado muchas y muy airadas críticas. Se le objeta sobre todo porque presuntamente se entromete en las funciones de las otras ramas del poder público.

Una muestra representativa la constituyen decisiones que han hecho a Colombia un país interesante en términos de derecho comparado, sobre los alcances de la libertad de conciencia con respecto al servicio militar, el uso obligatorio del cinturón de seguridad como medida de protección personal, los derechos de libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad, los salarios públicos, la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia, el problema hipotecario del UPAC y la consideración del sector bancario como servicio público. Sentencias polémicas también han tenido relación con la autonomía de la Corte para modular los efectos de sus providencias, la creación jurisprudencial de derechos fundamentales (mínimo vital), los derechos sociales exigibles mediante tutela, el respeto de la justicia indígena con un núcleo mínimo de derechos, la obligatoriedad de la doctrina constitucional, la regulación financiera de los derechos constitucionales, la tutela contra sentencias, la actualización integral el POS garantizando la participación efectiva de la comunidad médica y de los usuarios, el establecimiento de fechas concretas para unificar el seguro de salud y las que han protegido derechos a grupos vulnerables.

El sustento de estas decisiones ha sido diverso, pero todas encuentran argumentaciones iusfundamentalmente correctas en la importancia que la Corte asigna a la realización del modelo ideológico y la fórmula política del Estado Social de Derecho, institucionalizado en la

Constitución. Dentro de sus elementos básicos se encuentran: la proclamación de principios de participación, solidaridad y pluralismo; la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado, el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales y sociales que son inalienables, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y, sobre todo, la primacía al respeto de la dignidad humana.

La dignidad humana, consagrada como principio en el artículo primero constitucional pero desarrollada como derecho fundamental autónomo en virtud de la cláusula de derechos innominados del artículo 49¹¹, se ha convertido en uno de los principales referentes del control constitucional. El contenido de la dignidad en cuanto derecho ha sido desarrollado en numerosa jurisprudencia respecto de tres dimensiones: “vivir como se quiera”, es decir que se debe respetar un ámbito de autonomía de la persona como agente moral libre y por ende asegurar el derecho a plantearse un plan de vida y a seguirlo; “vivir bien” con condiciones mínimas sin las cuales no se tiene un grado aceptable de calidad de vida; y “vivir sin humillaciones” para poder mantener la intangibilidad de la integridad física y moral (sentencia T-881 de 2002). La democracia ya no se trata sólo de las mayorías o de los poderosos, sino también del valor de las minorías o los débiles y el respeto por su dignidad.

Además de las reformas que introdujo, respecto de su antecesor, el texto fundamental

11 Conforme al cual “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”. Esta cláusula fue incorporada en otras constituciones de países de la región, tal como la peruana (art. 3), la ecuatoriana (art. 11) y, aunque de forma menos expresa, la venezolana (art. 27).

vigente ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia del sistema regeneracionista, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte y le han generado un alto índice de favorabilidad entre la opinión pública, el cual siempre ha superado el índice de la rama judicial como tal.

El nuevo derecho colombiano, en tanto receptor de ideologías, doctrinas y teorías de circulación transnacional, se caracteriza por una alteración del sistema de fuentes. El monopolio de la creación del derecho se le ha quitado a la rama legislativa. La jurisprudencia, en particular cuando constituye subreglas, es una fuente plena de derecho. En dos décadas de renovadas prácticas jurisprudenciales, el poder judicial se ha constituido en un verdadero poder político del Estado. La jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos. En la Constitución anterior las normas sobre derechos tenían un valor meramente programático, razón por la cual los derechos sólo valían en el ámbito de la ley, pero hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos. La jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho y a la cual subyace una ideología determinada. Ha instituido técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y, en particular, la aplicación de los derechos fundamentales. Se destaca el principio de proporcionalidad como examen para controlar las restricciones en derechos fundamentales.

Los límites y vínculos que las constituciones contemporáneas establecen al poder político se tra-



ducen en un cambio de paradigma, respecto de la ley y los derechos, que ha acompañado este proceso. Debido a que constitucionalmente se consagra como razón de ser del Estado-aparato (parte orgánica de la Constitución) la realización de fines como la garantía de los derechos (parte dogmática)¹², la Constitución limita el poder del Gobierno y el Congreso para tramitar leyes y sus propias reformas, pero sobre todo amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales. No son los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. De la Constitución como límite al orden jurídico se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales (Aguiló, 2010). “Primero los derechos que las leyes, primero los derechos que la autoridad”¹³. Por su naturaleza normativa y a partir de su fuerza vinculante, las constituciones son esquemas para orientar la actuación de las ramas del poder público. Las normas orgánicas establecen los parámetros básicos de los organismos del Estado y la organización del poder público, mientras que las normas dogmáticas determinan aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer.

La Constitución tiene la máxima validez formal porque, conforme a su artículo cuarto, se trata de “la norma de normas” y en cualquier caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones consti-

tucionales. Por su naturaleza normativa, la Constitución no sólo es válida en tanto norma sino que tiene fuerza vinculante porque sus mandatos se aplican directamente y son obligatorios a los poderes públicos y privados. La Constitución tiene validez formal también debido a la competencia asignada a la Corte para resguardar su supremacía, al condicionar las normas de inferior jerarquía y los actos que pretenden modificarla, y su integridad, al realizar el proyecto de país y sociedad que consagran sus provisiones. La Constitución se interpreta de forma sistemática porque para resolver un caso se articulan, directamente en la interpretación, diversas disposiciones jurídicas con principios fundamentales (Estado Social de Derecho) y tesis doctrinarias (principio jurisprudencial de goce efectivo de los derechos). Las constituciones de los países de la región reflejan el descontento social ante las situaciones que se viven, por lo cual consagran normativamente un tipo de sociedad a la que se aspira y a su vez contienen numerosas cláusulas de realización progresiva. Dentro de las características de la Constitución también se encuentra su contenido sustantivo, en la medida en que no contiene sólo normas orgánicas sino también dogmáticas, valores y principios.

Los derechos fundamentales, además, tienen eficacia horizontal o hacia particulares y existen como parte del derecho positivo, es decir, tienen valor normativo pleno en lugar de ser normas programáticas que serán eventualmente desarrolladas por el legislativo. La fuerza expansiva de los derechos y la labor judicial de garantizar la integridad de la Constitución, hacen que los derechos fundamentales tengan fuerza de irradiación a las normas de todo el ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales tienen contenido esencial, es decir, si bien por no ser absolutos ceden y se restringen en casos concretos, hay un límite a la restricción que se gradúa a partir de su confor-

12 Determinando así una subordinación de la primera parte respecto de la segunda. Ciro Angarita, exmagistrado de la Corte Constitucional, era de la creencia que la parte orgánica debía interpretarse a la luz de la parte dogmática. Véase la sentencia de la que fue ponente T-406 de 1992. Ahora, debido en cierta medida al desarrollo jurisprudencial logrado a partir de sentencias como esta, la parte orgánica debe incluso realizarse desde la parte dogmática.

13 Expresó César Gaviria en homenaje del partido Liberal por los veinte años de la Constitución (Bogotá, 21 de junio de 2011).

midad constitucional¹⁴. Es una de las principales garantías de los derechos fundamentales en la medida en que configura la parte de indispensable cumplimiento del derecho, para que el interés jurídicamente protegido sea efectivamente amparado. La irradiación de los derechos fundamentales al ordenamiento es correlativa a la tesis de la constitucionalización del derecho ordinario. El aumento del número y el tipo de derechos en la actualidad, vía reforma al texto o vía desarrollo jurisprudencial, ha estado acompañado por la creación de mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía. La invención procesal más significativa es la acción de tutela (recurso de amparo) que ha propendido en parte fundamental por la garantía de la eficacia real de los postulados progresistas de la Constitución.

Un aspecto transversal a las reformas constitucionales realizadas en América Latina, del cual Colombia fue pionera¹⁵, es la nueva perspectiva sobre la nacionalidad al reconocer la unidad nacional alrededor del pluralismo, no como un mal menor sino como uno de los caracteres propios y distintivos de la condición civil latinoamericana. En este punto se articula la superación del confesionalismo como guía del Estado. Siguiendo la tendencia de separar a la Iglesia del Estado, que por ejemplo en Estados Unidos aconteció durante la Corte Warren (1953 – 1969)¹⁶, la Constitución de

1991 realizó un cambio al consagrar laico al país¹⁷. Amplió el reconocimiento a las cerca de 1.500 iglesias existentes. El nacimiento de la Constitución implicó el descenso de la preeminencia que la iglesia católica tuvo, no sólo como única fe amparada por el Estado, sino tratándose de su poder en diversos escenarios públicos. La Constitución de 1886 preceptuaba, por ejemplo, que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión católica (artículo 41)¹⁸. Uno de los primeros actos políticos del gobierno de Núñez fue firmar un concordato con la Santa Sede (1887), en virtud del cual la formación en todos los centros educativos se debía organizar de conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica (artículo 12). Por lo tanto, se tenía la facultad para inspeccionar y revisar los textos usados como material de enseñanza. “El gobierno impedirá que en el desempeño de asignaturas literarias, científicas y, en general en todos los ramos de instrucción, se propaguen ideas contrarias al dogma católico y al respeto y la veneración debidos a la Iglesia” (artículo 13).

EL PODER DEL PODER JUDICIAL EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Con la expresión “choque de trenes” los medios de comunicación nacionales han reportado desde hace varios años los enfrentamientos entre las ramas del poder público y entre las altas cortes de la propia rama judicial, por las facultades de la Corte Constitucional y los efectos de sus

14 Esta figura doctrinaria se originó en la Ley Fundamental de Alemania, en cuyo artículo 19, inciso 2, se señala que “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, y fue receptada en Colombia por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España por sus sentencias STC 011 de 1981 y STC 037 de 1987.

15 Los rasgos pioneros que marcaron el cambio de paradigma constitucional colombiano, serán desarrollados por los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia (Noguera Fernández y Criado de Diego, 2011).

16 *Engel vs. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962. *Sherbert vs. Verner*, 374 U.S. 398, 1963. *Abington Township School District vs. Schempp*, 374 U.S. 203, 1963.

17 Si bien se invoca a Dios en el preámbulo, conforme a la Corte Constitucional, este es un país laico porque el artículo 19 consagra la libertad de cultos y, por tanto, instaura la igualdad entre todas las confesiones religiosas.

18 Poco más de dos décadas antes había escrito el papa Pío IX, en la encíclica *Syllabus*, que serían condenados con la excomunión quienes dicen que la Iglesia no tiene potestad para definir dogmáticamente la religión católica como la única verdadera y quienes proclaman el error de la enseñanza laica o que la Iglesia debe estar alejada de los colegios.



sentencias. Este tipo de polémicas no son en forma alguna exclusivas de Colombia, pues a medida que los países dotan a sus constituciones de la máxima validez formal, incluyen un robusto catálogo de derechos, consagran mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía y se establecen altos tribunales para resguardar la integridad y supremacía de la Constitución, la densidad normativa material se extiende por cuenta de la constitucionalización del derecho.

En este contexto, ha sido particularmente manida en Colombia la “objección contramayoritaria” hacia el poder judicial¹⁹, y en concreto hacia la máxima institución de la jurisdicción constitucional, cuando profiere decisiones que comportan presuntamente una atribución excesiva de facultades que termina por invadir competencias de otros órganos. Se han presentado varios argumentos para objetar la revisión judicial de constitucionalidad, pero sobre todo la jurisprudencia constitucional progresista, por ser no democrática o incluso antidemocrática. Se ha afirmado repetidamente que la Corte se ha arrogado demasiados poderes y que interviene en campos que no le corresponden. La objeción se exagera cuando los fallos tienen contenido económico y, puntualmente, cuanto ejercen impacto fiscal porque pueden generar gasto público no contemplado en el presupuesto.

«La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma proferida por el legislativo o por el ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los re-

presentantes del pueblo real aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia y esa es la razón por la cual puedo hacer la acusación de que el control judicial es anti-democrático» (Bickel, 1962: 16 y ss.).

Dos contraargumentos rebaten esta objeción. El formal señala que hay muchos otros funcionarios por cuyos cargos tienen que ostentar una separación con el ciudadano y con su refrendación popular. Que una norma proferida por el órgano representante del pueblo, conformado por un par de cientos de personas, sea declarada inconstitucional por un tribunal de nueve magistrados, para muchos ofende principios en virtud de los cuales, en una democracia, todos los funcionarios son elegidos y deben responder periódicamente, mediante el voto, ante el pueblo. Pero tampoco son elegidos por el pueblo los ministros, el gerente del Banco de la República y la cúpula de las fuerzas militares, y sin duda ellos pueden causar más daño en una semana que cualquier juez en toda su carrera (Dworkin, 2010).

El problema real no es el grado de representatividad popular de estos funcionarios, tal como el de los magistrados, ya que no habría dudas acerca de que por no estar sometido su cargo a los designios populares, carecerían de la legitimidad para hacer aquello que la Constitución y la ley les exigen. El vínculo directo funcionario–pueblo no sólo no es real en muchos casos, sino que incluso no es deseable en muchos otros. Cargos como los codirectores del Banco de la República, miembros de organismos de control y los magistrados de las altas cortes, deben ostentar una cierta antipatía con el pueblo mayoritario si en casos complejos se quieren resguardar los principios medulares que sustentan una democracia constitucional.

Los codirectores y los magistrados tendrían entonces el mismo grado de legitimidad porque

19 (Gargarella, 1996; 1997). Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”; Víctor Ferreres, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”; y Rodolfo Vázquez, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, todos, en Carbonell y García, 2010.

unos son nombrados por el presidente que elige el pueblo, y otros por el Congreso, que elige de igual forma el pueblo. Como es más profunda la amenaza real que desde las mayorías se le puede plantear a una genuina democracia, el contraargumento sustancial debe merecer mayor atención, pues tiene poco que ver con el hecho de que los magistrados sean o no elegidos popularmente en elecciones y que de manera periódica respondan ante el pueblo para decidir si los ratifica o no en sus cargos. Los ministros y los codirectores del Banco tienen no sólo la potestad sino la obligación de desafiar la voluntad mayoritaria plasmada en leyes o en reformas a la Constitución, cuando las garantías constitucionales están en juego.

Desde finales de 1940 el concepto de democracia cambió y se desarrolló paulatinamente en relación con los principios consignados en las constituciones que se proclamaron en los distintos momentos de entrada al neoconstitucionalismo. El impacto sobre la función judicial fue inmediato. Después de la ruinosa debacle en la que el fascismo sumió a Europa, se procuró rehabilitar el derecho mediante el establecimiento de nuevas garantías ciudadanas y compromisos entre gobernantes y gobernados para romper radicalmente con el pasado reciente. Otra respuesta fue la creación de tribunales constitucionales. Aunque no son los garantes súper poderosos de las democracias, en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, no se les puede relegar a un rol de instancia estricta de legislación negativa (Otto, 1987). La cuestión cardinal es el resguardo jurisdiccional de la democracia constitucional: qué no pueden decidir ni siquiera las mayorías y cómo deben proceder los tribunales constitucionales en casos de violación de derechos fundamentales por cuenta de la inacción o acción insuficiente del Gobierno o el Congreso en la formación de las políticas públicas.

El gobierno sometido al estado democrático de derecho tiene sentido precisamente porque debe tener límites definidos la configuración política de la voluntad (más que mayoritaria) de quienes, en un contexto y en un momento determinado, detentan el poder. Contrario a lo que pudiera pensarse “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales” (Ferrajoli, 2002: 203)²⁰. Dworkin (1995) ha sostenido una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos que, concebidos como “cartas de triunfo” frente a quienes detentan el poder, procuran garantizar la igualdad y el respeto por la dignidad humana. Así lo ha entendido la Corte Constitucional: “en gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad será respetadas” (sentencia C-350 de 1994).

La presunción relativa al hecho de que las mayorías deben gobernar se desestima no sólo porque en las democracias latinoamericanas, y la colombiana en particular, no son las mayorías las que están en las instancias de decisión política, sino porque incluso si así fuera, el propósito mismo de los catálogos de derechos que se incluyeron en las constituciones luego de la segunda posguerra es “retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como

20 Para Ferrajoli los derechos fundamentales se ubican en “la esfera de lo indecidible”, a lo cual otros autores se han referido como el “coto vedado” (Garzón Valdés) o como el “terreno intocable” (Bobbio).



principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones²¹. Madison sostenía que el “trono de la razón” debía estar resguardado de “pasiones mayoritarias” (Madison, Hamilton y Jay, 1961).

El Tribunal Constitucional Alemán en el caso Lüth (1958) sostuvo que: “Sin duda, los derechos fundamentales se orientan en primer lugar a asegurar una esfera de libertad de los particulares frente a las agresiones del poder público. Son derechos defensivos del ciudadano frente al Estado. Así resulta tanto del desarrollo intelectual de la idea de derechos fundamentales como de los procesos históricos que han llevado a que las constituciones de los distintos estados recojan los derechos fundamentales. Ése es también el sentido que tienen los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la cual, al anteponer el capítulo de los derechos fundamentales, ha querido resaltar la prioridad de los seres humanos y su dignidad frente al poder del Estado”. A juicio de Alexy (1993), los derechos fundamentales “son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”.

Un aspecto medular de la justicia constitucional es evitar cualquier tipo de discriminación. En ello radica parte esencial de la razón de existencia de un tribunal constitucional, pues en virtud de la garantía jurisdiccional de la Constitución se debe contar con un estamento especializado que vigile permanentemente que las mayorías, o los poderosos, gobiernen en beneficio de todos y que cualquier trato desigual está justificado ju-

rídicamente. La sociedad como un todo puede sustentar opiniones discriminatorias, ofensivas a una minoría o pretender imponer ideologías o cosmovisiones determinadas. La democracia como forma de organización jurídico-política de los estados cuenta con una característica cardinal: las decisiones colectivas son válidas en la medida en que sean adoptadas por el pueblo mediante los mecanismos de participación establecidos. En una democracia mediada por una constitución, la legitimidad se distingue de la estricta validez. El proceso de configuración de las cuestiones políticas debe, por tanto, contar no sólo con apoyos mayoritarios, sino con la participación de todos aquellos que serán afectados, así sea potencialmente, por las decisiones. De ahí también que en los últimos años hayan recibido tanta atención concepciones normativas de la democracia, como aquella en virtud de la cual la deliberación debe mediar las decisiones que regirán en la sociedad.

Aquello que ninguna mayoría puede decidir se encuentra establecido por los derechos de libertad, los cuales constituyen límites al poder²². Democracia no sólo significa en la actualidad organización mayoritaria, sino también respeto a las reglas de juego democrático y a los derechos. Al concepto “democracia” se le agregó “constitucional” porque reconocer la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a principios morales como igualdad material, justicia social, pluralismo, dignidad humana y solidaridad²³, implica que se constituyen en los diques por donde debe fluir la fuerza del poder político,

21 West Virginia Board of Education vs. Barnette 319 U.S. 624, 1943.

22 Por el contrario los sociales son derechos que corresponden a obligaciones, lo que las mayorías deben decidir (Ferrajoli, 2007). Si no lo hacen facultan por defecto al tribunal constitucional para proferir sentencias y autos con órdenes específicas hacia organismos del Estado para dotar de garantía a estos derechos.

23 La incorporación constitucional de principios de naturaleza moral ha tendido a derrumbar las fronteras, históricamente sólidas, entre el derecho, la moral y la política.

en otras palabras, aquello que los poderosos pueden imponer a los débiles²⁴. Fue superada por su propia historia la idea de *demos-kratos*, es decir, el “gobierno del pueblo”. Una democracia constitucional debe contar con los mecanismos para impedir que la voluntad electoral sea manipulada y que mediante plebiscitos o referendos se generen autoritarismos con amparo popular. Ya en 1787 decía Madison que el fin del sistema constitucional es impedir que una sola facción política, que un solo partido o movimiento, se apodere del aparato institucional.

Las decisiones políticas al interior de democracias constitucionales pueden llegar a ser en muchos casos antimayoritarias. Una democracia constitucional no es un régimen que se basa en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón de ser en un principio mayoritario restringido en aras a la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La tiranía mayoritaria se distingue radicalmente de la democracia basada en una constitución (Madison, Hamilton y Jay, 1961). Una decisión mayoritaria no es, de forma necesaria, genuinamente democrática²⁵. La democracia, desde que se dejó de

pensar sólo en la configuración de la voluntad general, cuenta dentro de sus elementos esenciales con la posibilidad de que las distintas facciones puedan llegar a tener juego dentro de la institucionalidad. La competencia electoral debe desarrollarse de forma tal que no sólo el partido en el poder pueda ganar, con la correlativa posibilidad de alternancia en el poder político.

Si por algún aspecto tiene sentido la idea del gobierno sometido al estado de derecho, es porque se deben establecer límites a la configuración política de las posiciones respaldadas por algún amplio grupo. En este sentido hay que comprender las restricciones que imponen al actuar del poder público las constituciones expedidas desde la segunda posguerra. Una medida por muy mayoritariamente apoyada que esté, si resulta violatoria de los derechos fundamentales de algún grupo, debe ser invalidada. En casi todos los casos la mayoría, o la facción minoritaria en el poder, sentirá un interés o una pasión comunes que procurará convertir en norma con validez universal. En una democracia constitucional no se pretende que las decisiones de los funcionarios reflejen exclusivamente la voluntad mayoritaria²⁶. Acuerdos con amplios apoyos mayoritarios pueden asfixiar una democracia constitucional tanto como un régimen dictatorial (Ferajoli, 2007: parte cuarta).

24 En contextos de menor desigualdad en el ingreso, mejor sistema de representación política y menor diferencia entre ricos y pobres, se suele referir este punto como aquello que “las mayorías” pueden imponer a “las minorías”. En Colombia, y en general en Latinoamérica, por el contrario, débiles son las mayorías mientras que una minoría con poder es la que impone la agenda política según sus intereses.

25 Hay una tensión entre el autogobierno y el gobierno limitado por los derechos individuales, en tanto aspiraciones irrenunciables y valiosas. Los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (igual participación en la toma de decisiones públicas); sin embargo, cabe la posibilidad de que se compense por una mejor protección de derechos como aquellos que aseguran la autonomía individual. Véase: Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En Carbonell y García, 2010.

26 Para uno de los trabajos pioneros sobre el tema, véase Loewenstein, 1982.



REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2010). "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en Carbonell – García (2010).
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares.
- Bellamy, R. y Castiglione, D. (eds.) (1996). *Constitutionalism in Transformation: European and theoretical perspectives*. Oxford: Blackwell.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press.
- Böckenförde, E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.) (2010). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- Cepeda, M. J. (1992). *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 1994 (MP: Alejandro Martínez).
- Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre).
- Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004 (MP: Manuel José Cepeda).
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 (MP: Ciro Angarita).
- Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992 (MP: Eduardo Cifuentes).
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre).
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Abington Township School District vs. Schempp*, 374 U.S. 203, 1963.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Engel vs. Vitale*, 370 U.S. 421, 1962.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *Sherbert vs. Verner*, 374 U.S. 398, 1963.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. *West Virginia Board of Education vs. Barnette* 319 U.S. 624, 1943.
- De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel: Barcelona.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2010). *Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales*. En Carbonell y García, 2010.
- Elkin, S. L. y Soltan, K. E. (eds.) (1993). *A New Constitutionalism: Designing political institutions for a good society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ferrajoli, L. (2002). *Pasado y futuro del estado de derecho*. En Carbonell, M. y Vázquez, R. (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México D.F.: Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris*. Roma: Laterza, tomo 2 "Teoria della democrazia".
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.

Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, No. 6, abril.

Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T. (eds.) (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies?* Aldershot: Ashgate.

Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

Madison, J., Hamilton, A. y Jay, J. (1961). *The Federalist Papers*. Clinton Rossiter (ed.) New York: New American Library.

Noguera Fernández, 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*, Vol. 13, No. 1 (enero-junio).

Posada Carbó, E. (2006). *La nación soñada*. Bogotá: Norma.

Restrepo Piedrahita, C. (2009). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books.

Uprimny, R. (2011, julio 18). La Constitución en perspectiva (II). *El Espectador*.





• CAPÍTULO II •

PERSONA Y ESTADO

- ■ ■ ■ ■ La persona en el orden constitucional colombiano: una aproximación crítica

- ■ ■ ■ ■ El Estado de Derecho en construcción

- ■ ■ ■ ■ Principio de legalidad:
sujeción a la Constitución, a la ley
y a la jurisprudencia de las altas cortes

Camila Herrera Pardo

Candidata a doctora por la Universidad de Navarra (España). Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de La Sabana.

Gabriel Mora Restrepo

Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional y Director de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de La Sabana. Miembro del grupo de investigación “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos”.



La persona en el orden constitucional colombiano: una aproximación crítica

Por: Camila Herrera Pardo
Gabriel Mora Restrepo

PLANTEAMIENTO GENERAL

El siguiente escrito tiene como objetivo fundamental la exposición del concepto constitucional de persona, a partir de la interpretación del texto de la Carta de 1991, sus antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente y el posterior desarrollo por parte de la jurisprudencia constitucional.

Desde el principio hemos de advertir que el estudio que proponemos no se limita a la reiteración de lo dicho sino que es, por definición, una aproximación crítica. Si bien el grueso está destinado a mostrar los aspectos relevantes de la concepción de la persona en el derecho constitucional colombiano, haciendo especial énfasis en lo positivo de la misma, en tanto juristas no es posible pasar de largo ante determinados hechos que, aunque sujetos a múltiples perspectivas y ciertamente cargados de controversia, exigen una especial consideración por la 'clase' o 'tipo' de bien que está juego. Esto es más apreciable en un régimen constitucional como el nuestro, en el que no existen instituciones ni órganos constituidos superiores a la Constitución (Mora Restrepo, 2009, *passim*). En este sentido, parte del propósito de este escrito es demostrar cómo, a pesar

de sus múltiples aciertos, en algunos casos de trascendencia mayúscula la Corte Constitucional ha fallado de manera ilegítima y ha establecido una jurisprudencia diametralmente contraria al espíritu del constituyente, o lo que es lo mismo, ha pervertido la noción constitucional de persona (Herrera Pardo y Mora Restrepo, 2011).

De todas formas, al margen de esta perspectiva crítica, que ocupa la última parte del escrito, el propósito es ante todo brindar un panorama conceptual lo suficientemente compacto de la persona en el ámbito del constitucionalismo colombiano, su dimensión normativa básica y primaria, sus enunciados relacionales y semánticos principales, su fundamento en la realidad y el carácter consecuentemente de reconocimiento que hace el constituyente de la misma, junto al alcance jurídico y hermenéutico de la persona y los principales desarrollos jurisprudenciales sobre la personalidad jurídica y la dignidad humana.

EL PUNTO DE PARTIDA: LOS ARTÍCULOS 5, 14 Y 94 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución no es un tratado teórico de filosofía del derecho. Ni siquiera lo es de derecho

constitucional. Es, eso sí, un texto normativo en el que buena parte de los conceptos fundamentales se hallan implícitos. Es, pues, función del jurista desentrañar estos conceptos.

Para ello, un camino seguro parece ser tomar como referencia dos artículos de la Constitución en los que de modo más directo se regula el estatuto jurídico de la personalidad. El primero de ellos es el artículo 5, en el que se lee:

«El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.»

Aunque la disposición en cuestión no define (ni tiene por qué hacerlo) la noción constitucional de persona, sí ofrece unas pautas inequívocas sobre su significado y alcance. En primer lugar, del texto del artículo se deduce que la persona es una realidad anterior al Estado. Éste, en efecto, no puede más que reconocer esa realidad previa. La palabra 'reconocer' no es en modo alguno irrelevante. Es el centro del artículo y, de alguna manera, el centro de todo el orden constitucional. Si se examina la palabra desde un punto de vista eminentemente lingüístico, lo primero que salta a la vista es su riqueza semántica. El Diccionario de la Real Academia Española le reconoce nada menos que 17 acepciones (Real Academia Española, 2011), todas las cuales confluyen, sin embargo, en tres vertientes.

La primera vertiente semántica tiene que ver con una dimensión cognoscitiva. Reconocer, en efecto, es la constatación de la identidad o naturaleza de alguien o algo. Así, por ejemplo, la primera acepción del verbo contemplada por la Real Academia es "examinar con cuidado algo o a alguien para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias"; la octava, "considerar, advertir o contemplar"; y la décima, "distinguir de las demás

personas a una, por sus rasgos propios, como la voz, la fisonomía, los movimientos, etc.".

La segunda vertiente, de implicaciones más jurídicas, tiene que ver con la aceptación de la jerarquía, la superioridad o la autoridad de alguien. Así, por ejemplo, la quinta acepción contemplada por la Real Academia Española, consiste en "confesar con cierta publicidad la dependencia, subordinación o vasallaje en que se está respecto de alguien, o la legitimidad de la jurisdicción que ejerce"; y la duodécima con "acatar como legítima la autoridad o superioridad de alguien o cualquier otra de sus cualidades".

La tercera vertiente tiene que ver con la asunción de obligaciones, compromisos o situaciones jurídicas. Así, la novena acepción mencionada por la Real Academia consiste en "Dar por suya, confesar que es legítima, una obligación en que suena su nombre, como una firma, un conocimiento, un pagaré, etc.", y la undécima, "conceder a alguien, con la conveniente solemnidad, la cualidad y relación de parentesco que tiene con el que ejecuta este reconocimiento, y los derechos que son consiguientes".

Que el Estado reconozca a la persona humana y su estatuto jurídico significa, pues, que (i) la acepta como una realidad preexistente, (ii) se subordina normativamente a ella (es fuente de derecho) y que (iii) acepta como suyas una serie de obligaciones relativas a su protección. El Estado está instituido, por lo tanto, para la protección de la persona.

Ahora bien, el artículo mencionado no solamente reconoce la existencia y la realidad de la persona, sino que explícitamente acepta el hecho de que al hablar de esta realidad preexistente y subyacente a toda legislación, se habla necesariamente de una serie de derechos. Dentro del universo jurídico existen algunos derechos que están radicados esencialmente en la persona y que, por



lo tanto, no son creación o concesión del Estado o de autoridad alguna. Al no serlo, tampoco se pueden considerar disponibles por el Estado, esto es, nadie puede ser despojado de ellos. Son inalienables, es decir, están sustraídos de todo comercio o negociación. En estricto sentido, su inalienabilidad se predica de modo absoluto, incluso respecto de su titular. La persona es ciertamente el sujeto de estos derechos, mas no puede prescindir de ellos, justamente por cuanto éstos se hallan tan enraizados con la condición de persona que renunciar a ellos implicaría una renuncia a la condición personal, lo cual es imposible.

Esta interpretación es coherente, por lo demás, con la tradición del constitucionalismo liberal en la que se gestó el concepto de derechos inalienables (Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1779) y, además, en donde se gestó la idea, sostenida tanto por Locke [1690] (1980, p. 14) como por Kant [1785] (1995, p. 47), de la imposibilidad de renunciar a la propia libertad (v.gr. vendiéndose como esclavo) o de ponerse a disposición del arbitrio de otro.

Por otra parte, encontramos el artículo 14 de la Constitución de Colombia, que establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Del tenor de este artículo se deduce necesariamente que el constituyente, de algún modo, distingue entre un concepto jurídico de persona y un concepto metajurídico que le sirve de supuesto. Existe una dimensión jurídica de la personalidad que se deriva de una condición personal previa. Esta condición no es creada por la Constitución sino, simplemente, reconocida por el constituyente. Más aun, la dimensión jurídica de la personalidad tampoco es creada por el constituyente, sino que atañe directamente a la condición metajurídica que subyace a toda regulación normativa.

Ciertamente, el artículo distingue entre el concepto filosófico de persona y el concepto jurídico. No restringe la personalidad jurídica a la personalidad ontológica (v.gr. admite la personalidad de entes asociativos), pero da por sentado, como supuesto incuestionable, que a la personalidad ontológica corresponde, de modo absoluto y necesario, la personalidad jurídica.

¿En qué consiste, pues, la personalidad jurídica? Aquí la teoría general del derecho y una amplia tradición del derecho civil han de responder que se trata de la subjetividad ante el derecho. La persona, en términos jurídicos, es el ser titular de derechos, capaz de compromisos y obligaciones, y el protagonista del mundo jurídico, su agente y destinatario, en acto —derechos humanos—, o potencialmente (por ejemplo, la propiedad sobre una cosa determinada). En suma, el orden constitucional, y por ende todo el orden jurídico que de él se desprende, es un orden humano (Hervada, 1961, pp. 410 ss.).

Finalmente, el artículo 94 aclara que:

«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.»

Se trata de una disposición de singular importancia por cuanto en ella el constituyente hace explícita la aceptación de que la principal fuente de los derechos fundamentales no se encuentra en el momento ‘codificador’ (entiéndase en un sentido amplio), y ni siquiera depende del compromiso del Estado frente a las regulaciones contenidas en los tratados que hacen parte del *corpus* normativo del derecho internacional de los derechos humanos. La realidad de la persona humana, por sí misma, es fuente de derecho y no requiere corroboración

ni ratificación para generar obligaciones fundamentales. Prevalece por encima de cualquier determinación estatal o incluso internacional. Nadie tiene prelación sobre ella.

Más aun, no solamente la realidad personal del hombre prevalece frente a cualquier disposición estatal o internacional, sino que también subyace a ella. La enunciación de los derechos fundamentales por parte de la Constitución, y de los derechos humanos por parte del derecho internacional, no son más que un acto declarativo respecto de las exigencias de la condición personal. Son un modo de concretar y de hacer cognoscibles los derechos comunes a todos los hombres (entiéndase este término en el sentido neutro que tiene en la gramática castellana y no en el sentido restrictivo que el 'lenguaje de género' le atribuye).

Por lo anterior, dado que el lenguaje constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos sólo pretende hacer explícito lo que ya existe, es decir, significar una realidad dada, es forzoso concluir que esta realidad, el estatuto ontológico de la persona humana, termina constituyéndose en criterio hermenéutico de primera importancia. Las disposiciones constitucionales en temas de derechos fundamentales se deben interpretar atendiendo a la realidad de la persona. Este es un criterio material y prevalente de interpretación, así como un parámetro más radical de unificación del derecho internacional de los derechos humanos con el orden constitucional interno (Herrera Pardo, 2008, p. 46).

Sin embargo, lo más relevante de este artículo es que declara de modo inequívoco la vinculación de persona y 'ser humano'. El concepto primario de persona, en el ordenamiento jurídico colombiano, está inescindiblemente ligado a la realidad ontológica que comporta ser humano. Donde hay un ser humano hay persona y donde hay persona

hay derechos inalienables e inherentes. Prueba de la inescindibilidad de persona y ser humano son todos los artículos que reconocen la igualdad de derechos, la inequívoca vinculación de los derechos básicos a la condición humana por parte de los tratados internacionales de derechos humanos que, según el artículo 93 de la Carta Política, se encuentran integrados al orden constitucional interno.

Basta una brevísima revisión de estos textos para llegar a la conclusión de que, más allá de toda duda razonable, para el derecho internacional de los derechos humanos la titularidad o personalidad en sentido jurídico atañe necesariamente a la condición humana. La redacción es inequívoca: el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos inicia con la siguiente observación: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Más adelante, dentro del mismo texto del preámbulo y separados por muy pocos párrafos, se encuentran declaraciones de semejante tenor: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad" [...], reiterando seguidamente que dicha declaración se hace "Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre".

A todo ello, por supuesto, hay que añadir el recurrente uso de expresiones como "todo ser humano", "todos los seres humanos", "ningún



ser humano”, “todos”, “nadie”, “todo individuo” o “ningún individuo” al inicio de los artículos que reconocen derechos humanos en particular, o el uso indistinto de estas expresiones y de la expresión “persona” para los mismos fines.

La conexión también es patente cuando se pasa del campo que la doctrina ha denominado de los “derechos humanos” al de los “derechos fundamentales”. Sobre esta vinculación son dicentes las siguientes palabras consignadas en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, relativas a la redacción del Capítulo II del Título I:

«[...] En el articulado se intentó hacer una sinopsis de los derechos fundamentales de la persona humana. A las autoridades del Estado se les atribuye como finalidad la protección de las libertades y garantías que permiten su natural y desenvolvimiento, promoviendo como consecuencia el progreso de la persona y la sociedad» (Gaceta Constitucional N° 51, 1991).

SER HUMANO Y DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Decir persona implica, pues, aludir al ser humano (Hoyos, 1989; 2005). La humanidad se halla en la médula del concepto jurídico de persona, y si bien existen casos en los que la personalidad se extiende a entidades morales o asociativas, ello es en virtud de que ellas proyectan alguna dimensión de la humanidad.

Esto último está íntimamente relacionado con otra línea muy fuerte en la Constitución de 1991, consistente en la vinculación de las nociones de ser humano y persona. Especialmente representativo es el artículo primero de la Carta, en el que la dignidad humana se establece como principio (imperativo normativo de máxima generalidad y

jerarquía) y valor (fin al que tiende el Estado) del orden jurídico colombiano. Dice literalmente el artículo (énfasis agregado):

«Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

La mayúscula importancia de este reconocimiento se hace evidente si se considera su ubicación y funcionalidad en el texto constitucional. En efecto, el artículo en cuestión encabeza el título de los principios fundamentales, de aquellas exigencias que atraviesan todo el ordenamiento jurídico, dando sentido y legitimidad a todas las disposiciones posteriores. Por lo demás, el artículo en mención claramente tiene la función de definir la identidad del Estado. De esta manera, de la disposición constitucional se sigue que, prescindiendo del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, el Estado colombiano se desfigura y el orden constitucional se diluye y pierde su razón de ser. Comparándolo con el espíritu de la Asamblea constituyente francesa de 1789, el constituyente colombiano declara que allí donde no se reconocen la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella se derivan, no hay Constitución posible.

UNIVERSALIDAD E IGUALDAD COMO PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONA

De momento se ha dicho que la Carta política se fundamenta en el reconocimiento de la personalidad de todo ser humano y de la dignidad y derechos que de ella se derivan. Corresponde ahora

profundizar en el modo en que se predicán las exigencias derivadas de la condición de persona.

En primer lugar, es notorio que la predicación de los derechos fundamentales se hace dentro del contexto de la igualdad. No solamente se afirma que todas las personas son titulares de derechos, sino también que lo son con idéntica intensidad (artículo 13):

«Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.»

Así mismo, incluye en el preámbulo una significativa declaración en la que la igualdad es una de las razones por las cuales se justifica la promulgación de la Constitución. Precisamente, en virtud de la igualdad, la Constitución Política establece la universalidad de los derechos y las garantías básicas. Independientemente de las diferencias sobrevinientes, todos los hombres son personas ante el ordenamiento, todas las personas gozan de su protección y todas, debe reiterarse, lo hacen con la misma identidad.

Ahora bien, si en el reconocimiento de la personalidad y de la dignidad se halla una exigencia de universalidad y de igualdad de predicación, es imposible cifrar dicha igualdad y universalidad en algo distinto a la misma condición humana. La humanidad es, en efecto, lo único que es de hecho común a todos los seres humanos. De resto, todos difieren en condición, circunstancias, modos de vida, etc. El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en buena parte en el derecho a diferenciarse según un proyecto personal de vida que le es propio (artículo 16 de la Constitución). Por lo demás, ha de recordarse que la Constitución misma reconoce y exalta esta pluralidad,

hasta el punto de incluirla dentro de sus caracteres definitorios (artículo 1 de la Constitución).

Esta consideración es importante toda vez que, si bien es cierto que existen diversas maneras de interpretar filosóficamente la noción de persona, no todas ellas son conciliables con esta exigencia de respeto y garantía de la Constitución. Existen, por ejemplo, concepciones de la persona que se basan en la capacidad jurídica o en la imputabilidad (v.gr. Kant, 1995); otras que equiparan personalidad y sensibilidad (v.gr. Singer, 2011) y, finalmente, otras que cifran toda personalidad jurídica en la atribución legal (v.gr. Kelsen, 1982). No todas ellas, sin embargo, se adaptan a la exigencia de respeto de la igualdad y de universalidad. Así pues, aun en el caso de que no existiera en la Constitución un reconocimiento explícito de la relación inescindible de personalidad y humanidad, esta sería la única alternativa de interpretación compatible con el respeto de la igualdad.

EL ALCANCE JURÍDICO DE LA PERSONALIDAD

Hasta el momento se ha dicho que en el orden jurídico colombiano a todo ser humano corresponde el reconocimiento de su personalidad. Esto, al menos, a la luz de la consideración del mandato constitucional puro, pues como se verá, la Corte Constitucional ha introducido elementos extraños al espíritu del constituyente (Mora Restrepo, 2009). Visto lo anterior, conviene profundizar en el alcance y las consecuencias que aparece la condición de persona.

Lo primero que se debe resaltar es que, al menos según la lógica original del constituyente, la Constitución reconoce que la personalidad existe allí donde esté presente la condición humana. Todo individuo de la especie humana es sujeto de derechos y tal condición es tan radical que nunca se llega a perder, ni siquiera en los supuestos más extremos de conducta antisocial (una relación di-



recta con esto es la prohibición de la pena de muerte, consagrada en el artículo 11 de la Constitución).

Tampoco hay en la previsión constitucional original sitio para interpretar que exista un momento en el cual el ser humano no sea sujeto de derecho. Y esto se sigue clarísimamente de la interpretación que los constituyentes hicieron del artículo 11 de la Constitución, de la cual se colige una exclusión total del aborto, en la mente del constituyente. Así, por ejemplo, y como se advierte del salvamento de voto de los Magistrados Monroy y Escobar a la sentencia C-355 de 2006, en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente se constata el rechazo radical al aborto y el contenido del artículo 11:

«La formulación de los derechos debe comenzar por el primero de ellos: la vida. Es el derecho esencia, sin él no existen los demás. No obstante, es tal vez el más vulnerado, el que menos se respeta, y por el que más claman todos los colombianos [...] Durante los debates que culminaron en el establecimiento de la inviolabilidad de este derecho, surgió claramente la existencia del imperativo compromiso de Colombia con el Pacto de San José, de respetar y proteger la vida desde el momento de su concepción. Se agrega a lo anterior la derrota contundente que en la plenaria sufrió la intencionalidad de permitir la llamada 'opción de la maternidad' y el fracaso que en las comisiones primera y quinta tuvieron las tesis sobre el aborto (Gaceta Constitucional, No. 112).»

En otras palabras, pertenece al espíritu original del constituyente la idea según la cual, en el caso del ser humano, la personalidad ni se adquiere ni se pierde, simplemente se tiene. Por lo demás, el respeto de la dignidad de la persona humana, o lo que es lo mismo, de los derechos que comporta esta eminencia, se entiende como una exigencia superior a cualquier otro requerimiento, necesidad o fin del ordenamiento jurídico.

Prueba de ello es el hecho de que los derechos y las garantías fundamentales no pueden ser violados ni siquiera en las circunstancias más extremas, tal como se evidencia en el artículo 214-2, que declara expresamente la no suspensión o anulación de los derechos fundamentales o libertades básicas durante los estados de excepción. Contextualizando esto, significa que ni siquiera la guerra externa o interna puede justificar el derramamiento de sangre inocente, ni la seguridad pública la tortura del sospechoso. Nada, ni el mismo 'bien común' o el 'interés de la comunidad' justifica el desconocimiento del estatuto jurídico de la persona humana (una profundización a este respecto: Finnis, 2000).

LAS "PERSONAS JURÍDICAS", COMO EXTENSIÓN DE LO HUMANO

La Constitución Política, al menos en su planteamiento original, tiene un clarísimo espíritu humanista y reconoce la personalidad jurídica y, por lo tanto, la titularidad de derechos a todos los individuos de la especie humana. Sin embargo, la personalidad jurídica reconocida por la Constitución no se agota en la persona física. Por el contrario, como es bien sabido, la Carta Política reconoce la personalidad jurídica de entes asociativos o morales. Esto significa, en otras palabras, que extiende la dimensión personal, propia de la persona física, a aquellas entidades colectivas en las que ésta proyecta su capacidad de deliberación y acción.

No es este el momento de explorar a fondo el concepto constitucional de "persona jurídica" en tanto "ficción del derecho". Para los fines de esta exposición baste señalar que el constituyente de 1991 da por sentada la existencia de la "persona jurídica", ya sea dentro del derecho público, como dentro del ámbito del derecho privado.

Muchos son los aspectos relativos a la regulación de la personalidad jurídica en el orden

constitucional colombiano. Por motivos metodológicos dejaremos de lado la consideración de la personalidad jurídica del Estado y de algunos de sus órganos, para llamar la atención sobre la naturaleza de la personalidad jurídica de asociaciones, fundaciones y otras entidades surgidas de la autonomía de la voluntad privada.

Éstas aparecen, en efecto, vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales individuales tales como la libertad de asociación, religiosa, de empresa o la libre iniciativa educativa. Es decir, se trata de formas jurídicas a través de las cuales los particulares ejercen sus derechos individuales, de donde se sigue que el respeto de su identidad está directamente vinculado al respeto de la libertad individual de las personas que han concurrido a la formación del ente moral.

Ahora bien, es cierto que el texto de la Carta Política no trata *in extenso* del régimen constitucional de las personas jurídicas en Colombia, sino que éste ha sido desarrollado mayoritariamente por la jurisprudencia constitucional. Empero, hay un artículo en particular que ilustra de modo muy elocuente el respeto que el constituyente siente por este tipo de entidades. El lugar y el contexto pueden llegar a ser un tanto desconcertantes, puesto que el artículo en cuestión no es otro que el que establece las funciones del Presidente de la República. En efecto, en el numeral 26 del artículo 189 de la Carta Política, el constituyente establece que corresponde al Presidente de la República “ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

El artículo es significativo, toda vez que confía a la máxima instancia de la rama ejecutiva la tutela de las fundaciones y, especialmente, del cumplimiento de la voluntad fundacional. ¿Qué

tiene acaso la voluntad fundacional de un individuo o un grupo de individuos que destinan un patrimonio a una causa benéfica para que el constituyente se preocupe tanto de su salvaguarda? Téngase en cuenta que la norma no se puede explicar únicamente en virtud de la preocupación por la utilidad que presten las fundaciones, puesto que es perfectamente posible que éstas siguieran subsistiendo de modo que prestaran una utilidad social distinta a la que inicialmente proyectaron sus fundadores. La respuesta parece radicar, entonces, en el hecho de que el constituyente estima que la figura jurídica de la fundación tiene una inescindible relación con la autonomía de la voluntad de quienes concurrieron a formarla. Ahora bien, tratándose de la forma jurídica específica de la fundación, en la que lo determinante no es la reunión actual de los miembros sino la destinación de un patrimonio y la finalidad, parece que la mera decisión de los órganos de gobierno de la persona jurídica no garantiza totalmente el respeto de la voluntad de los fundadores por lo que el constituyente las dota de una protección especial.

Esta consideración no debe perderse de vista porque, aun cuando por regla general la Corte Constitucional ha sido respetuosa de los derechos de las personas jurídicas y de hecho ha elaborado una valiosa doctrina sobre su titularidad de derechos fundamentales (Corte Constitucional, sentencia T-200 de 2004), en algunos recientes fallos ideologizados la Corte Constitucional parece haber pasado por alto la alta estima del constituyente por la voluntad fundacional en el caso de las personas jurídicas organizadas en forma de fundaciones. Concretamente, al negar la objeción de conciencia institucional frente a la práctica de abortos, la Corte ha desestimado por completo el valor de la voluntad fundacional de quienes instituyeron clínicas y hospitales según principios incompatibles con la práctica mencionada (v.gr. los hospitales con inspiración o forma religiosa).



EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE PERSONA Y DIGNIDAD

Hasta el momento se ha intentado dar razón de la noción de persona presente en el espíritu del constituyente de 1991. Sin embargo, esta relación no parece aportar una visión 'completa' del régimen constitucional colombiano en materia de personalidad y titularidad de derechos fundamentales. En efecto, casi dos décadas de jurisprudencia constitucional ha enriquecido, algunas veces, y deformado otras tantas, la noción constitucional de persona. Veamos esto con cierta brevedad.

La teoría de los derechos fundamentales de la persona jurídica

A través de su cada vez más abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional ha ido desarrollando una teoría sobre los derechos fundamentales de la persona jurídica. Esta visión, como es sabido, es diametralmente opuesta a la que venía sosteniendo la Corte Suprema de Justicia, para la cual la persona jurídica, en cuanto ficción jurídica sin sustancialidad propia, carece de derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencias 994 de 22 de junio de 1994 y 3927 del 16 de julio de 1997).

Así, por ejemplo, en la sentencia SU-182 de 1998 (MP: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo), la Corte declaró:

«Hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de Derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al

ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto. La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros [...] De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.»

No pocos son los derechos fundamentales que la Corte ha reconocido a la persona jurídica¹. El

1 Véase al menos las siguientes sentencias y autos: C-003 de 1993; SU-067 de 1993; T-445 de 1994; T-133 de 1995; T-138 de 1995; T-395 de 1995; T-474 de 1995; A. 018 de 1996; A. 024 de 1996; T-142 de 1996; T-238 de 1996; T-304 de 1996; C-360 de 1996; T-472 de 1996; T-377 de 1997; T-462 de 1997; T-681 de 1998; T-415 de 1999; T-971 de 1999; T-1013 de 1999; T-094 de 2000; T-145 de 2000; T-300 de 2000; T-345 de 2000; T-377 de 2000; T-447 de 2000; SU-1193 de 2000; T-1658 de 2000; T-903 de 2001; T-575 de 2002; T-848 de 2002; T-924 de 2002; T-930 de 2002; T-196 de 2003; T-359 de 2003; T-468 de 2003; T-509 de 2003; T-540 de 2003; T-607 de 2003; T-676 de 2003; T-200 de 2004; T-212 de 2004; T-701 de 2004; T-1166 de 2004; T-1207 de 2004; T-1212 de 2004; T-402 de 2006; T-1068 de 2006; T-738 de 2007 y T-809 de 2009.

más notorio de ellos es el del debido proceso (cf. sentencias T-510 de 1997; T-749 de 2004; T-569 de 1999 y T-415 de 1999). En el mismo ámbito procesal también es notorio el reconocimiento de su legitimación en la causa para interponer acciones de tutela (cf. sentencias T-527 de 1994; T-1189 de 2003; T-1191 de 2004; T-396 de 2005; T-723 de 2005 y T-1054 de 2010). Así mismo, se destacan los derechos a la igualdad (cf. sentencias C-1047 de 2001 y T-930 de 2002), a la intimidad, al buen nombre (cf. sentencia T-094 de 2000) y, por conexidad, al habeas data (cf. sentencia T-462 de 1997) e, incluso, al mínimo vital (cf. sentencia T-300 de 2000).

Sin embargo, tal reconocimiento que, dicho sea de paso nunca ha sido total, parece haber dejado de lado la más importante de las características de la persona jurídica: su relación con la voluntad de sus integrantes y/o fundadores (*Vid. ad supra*).

Una teoría sobre la dignidad humana

Otro aspecto digno de mención es el desarrollo de al menos tres líneas jurisprudenciales muy claras en lo relativo a la funcionalidad normativa al objeto de protección de la invocación constitucional de la dignidad humana.

Una vez expuestas las razones a favor de la pertinencia del tema propuesto, la Corte pasa a examinar las posibles perspectivas de aproximación a la cuestión de la naturaleza jurídica de la expresión constitucional "dignidad humana". En primer lugar, la Corte señala que este enunciado se puede estudiar desde la perspectiva de su objeto o contenido material. En segundo lugar, la cuestión es susceptible de ser estudiada a la luz de la funcionalidad normativa.

Sobre este particular, es de especial importancia la sentencia T-881 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), en la que se resume la juris-

prudencia precedente. Se podría sintetizar de la siguiente manera:

a) En lo que concierne al objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Corte identifica tres lineamientos fundamentales en su producción jurisprudencial: "(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)². (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)³. Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)"⁴.

b) Desde la perspectiva de la funcionalidad normativa del enunciado constitucional "dignidad humana", la Corte señala otros tres grandes lineamientos jurisprudenciales: "(i) La dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor⁵. (ii) La dignidad huma-

2 Para comprobar la existencia de una línea jurisprudencial que identifica a la dignidad con la autonomía, la Corte cita las sentencias T-532 de 1992; C-542 de 1993; C-221 de 1994; T-477 de 1995; T-472 de 1996; C-239 de 1997 y T-461 de 1998.

3 Para comprobar la existencia de una línea jurisprudencial que identifica a la dignidad con ciertas condiciones materiales de vida, la Corte cita las sentencias T-596 de 1992; T-124 de 1993; C-239 de 1997; T-296 de 1998; C-521 de 1998; T-556 de 1998; T-565 de 1999 y C-012 de 2001.

4 Según la Corte, las sentencias que harían parte de esta línea jurisprudencial serían las siguientes: T-401 de 1992; T-402 de 1992; T-123 de 1994; T-036 de 1995; T-645 de 1996; T-572 de 1999 y T-879 de 2001.

5 Para ilustrar esta dimensión la Corte cita las sentencias: T-401 de 1992; T-499 de 1992; T-011 de 1993; T-338 de 1993; T-472 de 1996; C-045 de 1998; C-521 de 1998; T-556 de 1998 y T-1430 de 2000.



na entendida como principio constitucional⁶. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

No se puede dejar de observar que el planteamiento de la Corte sobre la funcionalidad normativa de la dignidad como derecho fundamental es problemático. En primer lugar, porque al entrar a considerar a la dignidad dentro de la teoría de la ponderación de los derechos fundamentales se puede llegar a la conclusión de que esta podría llegar a ser eventualmente restringida o inaplicada, tal como pasa con los derechos de “menor peso” en las ponderaciones concretas (Mora Restrepo, 2009, en esp. pp. 189 ss.). En segundo lugar, porque superado este inconveniente, aceptando la tesis de que se trata de un derecho fundamental de mayor jerarquía, se trataría de un derecho notoriamente anómalo y, en tercer lugar, porque su contenido no parece distinguirse demasiado respecto de los demás derechos contenidos en la Carta. En efecto, “vivir bien”, “vivir libremente” y la intangibilidad del ser humano bien podrían considerarse una especie de síntesis de todo el repertorio de derechos y garantías fundamentales. Por lo que al fin de cuentas parecería que más que un derecho fundamental, la dignidad vendría a ser el único de los derechos fundamentales.

La variación de la noción constitucional de persona: el caso del aborto

La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de aborto es un ejemplo paradigmático de la extrapolación del poder judicial, o lo que en otra parte uno de nosotros ha llamado, un “ejercicio perverso” de la jurisdicción (Mora Restrepo, 2009, págs. 155-198). En efecto, en el caso concreto del problema jurídico de la constitucio-

nalidad de la sanción penal del aborto consentido (en algunos supuestos), la Corte Constitucional varió radicalmente su jurisprudencia, invocando la teoría de la Constitución viviente, a pesar de que esta difícilmente se aplica de igual manera tratándose de constituciones ya dos veces centenarias, como la de Estados Unidos (lugar de origen de la idea de la *living constitution*) que una Carta política que, para 2006, escasamente tenía quince años de vigencia.

Sin embargo, dejando aparte las cuestiones relativas a la racionalidad y legitimidad de los fallos proferidos por la Corte Constitucional en la materia de aborto, hemos de señalar que en la jurisprudencia que sobre este tema ha producido la Corte desde 1994, no solamente se ha introducido una variación en lo relativo al problema jurídico concreto del aborto o de los derechos del no nacido, sino que también se ha variado el concepto constitucional de persona y de una manera tan radical que puede considerarse auténticamente ‘innovadora’ (en muchos aspectos discutible) en el campo de la teoría jurídica global.

El punto de partida obligado para entender la mutación del concepto de persona en la jurisprudencia de la Corte son los primeros fallos proferidos por el Alto Tribunal en materia de aborto. En ellos, básicamente se declara la constitucionalidad de los artículos del Código Penal que tipifican el aborto, basándose en la idea de que todo ser humano es titular de derechos inviolables y, por lo tanto, persona en sentido jurídico.

Así, en la sentencia C-133 de 1994, cuando la Corte analiza el cargo de que el no nacido no es persona según el Código Civil, niega la importancia de esta interpretación ante la contundencia de que el no nacido es titular de derechos y por ende persona, aunque también aclara que aun aceptando la idea de que el *nasciturus* no fuera del todo persona para los efectos del Código Civil,

6 Para ilustrar esta dimensión la Corte cita las sentencias T-499 de 1992; T-596 de 1992; T-461 de 1998; C-328 de 2000; C-012 de 2001 y T-958 de 2001.

ello no lo privaría de la titularidad de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce en cabeza de todos los seres humanos. Sostuvo la Corte en dicha ocasión:

«Estima la Sala que persona es lo mismo que decir sujeto de derecho, en virtud de que 'el hombre sólo es persona en sentido jurídico en cuanto es titular de los derechos y obligaciones correlativas cuya realización dentro del orden y la justicia es el fin del derecho objetivo, de la norma'. No obstante, la argumentación del actor no es de recibo, pues como se ha dejado expresado, no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el *nasciturus*, como se vio antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona» (sentencia C-133 de 1994).

Y en otra parte aclara:

«La protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de 'todas las personas', y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas. En tal virtud, se dijo que el Estado tenía 'la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro

de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.»

Indudablemente, algunas frases de la sentencia pueden ser de naturaleza confusa, lo cual luego ha de prestarse para una interpretación del texto constitucional en la que la titularidad de derechos subjetivos no coincide con el concepto de persona. Sin embargo, de la lectura crítica de la sentencia C-133 de 1994 no se puede deducir todavía la futura distinción entre persona y sujeto de derechos, sino como máximo, una distinción entre el concepto de persona según el derecho civil y el concepto de persona en el derecho constitucional.

Poco después, en la sentencia C-013 de 1997, la afirmación de la personalidad del *nasciturus* aparece confirmada de una manera menos ambigua. Lo más importante que interesa resaltar aquí es el uso textual (y sin ambigüedades) de la palabra persona:

«El amparo constitucional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan, con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo



cual el Estado no puede permanecer indiferente» (sentencia C-013 de 1997).

Algunos años después, en una aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001, los magistrados Vargas, Araujo, Beltrán y Cepeda introducen la distinción entre la persona humana y el *nasciturus* que, en su opinión, no es más que un ser en potencia (*sic*):

«El Congreso de la República no podría llegar al extremo de desproteger totalmente la vida permitiendo que en cualquier caso, aún después de que éste sea viable en la medida en que puede sobrevivir por fuera del vientre de la madre, el aborto pueda ser practicado libremente. La Constitución no sólo protege la vida de las personas sino también del feto, que no es un órgano de la mujer sino *un ser en potencia* que gradualmente se va conformando y a partir de cierto momento de la gestación alcanza la capacidad de sentir y, luego, otras capacidades y condiciones sin las cuales posteriormente no podría llegar a ser persona. [...] Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales no es constitucionalmente exigible dicho deber. Nadie, ni aún el órgano legislativo, tiene que requerirle a una mujer el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales garantizados. Entre los extremos arriba señalados, el legislador tiene un margen de configuración que le permite optar entre diversas alternativas de política criminal, siempre que no vulnere los derechos constitucionales» (aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001).

Téngase en cuenta que por tratarse de una aclaración de voto, el texto referido no hace parte de la jurisprudencia constitucional, ni puede ha-

cerlo, entre otras cosas, porque las aclaraciones de voto se hacen a título personal y por lo tanto no requieren ser debatidas o aceptadas por la Sala Plena (Mora Restrepo, 2009, pp. 171-173). Por lo demás se ha de recordar que la expresión “ser en potencia” es de suyo incompatible con la conjugación del verbo ser en el tiempo presente del modo indicativo: lo que “es en potencia”, realmente no es.

Finalmente, en la sentencia C-355 de 2006, la distinción que antes era aceptada en la aclaración de voto, entra en la jurisprudencia constitucional. En la susodicha sentencia se lee, en efecto:

«Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición» (sentencia C-355 de 2006).

Con esta sentencia se produjo una sustitución de la Constitución vigente, mediante una discutible racionalidad conflictivista empleada por el juez constitucional de turno, quien no solo enfrentó dos bienes humanos básicos, sino además despojó al *nasciturus* (al “más débil” de la relación madre-hijo) de su pleno derecho fundamental a la vida en los casos despenalizados por dicha sentencia. La Corte Constitucional, en una sentencia de tutela posterior (T-585 de 2010), ha avanzado todavía más en esta sustitución de la Carta, al considerar que dicha despenalización de la sentencia C-355, se transforma ahora en un verdadero derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo (cf. Herrera Pardo y Mora Restrepo, 2011).

CONCLUSIONES

El recorrido llevado a cabo en este escrito muestra la importancia que en la Constitución de 1991 posee el concepto de persona y, más detenidamente, de su intrínseca dignidad, a tal punto que ésta puede ser comprendida como el eje o punto de convergencia, pero también fundamento y apoyo, de todo el sistema jurídico colombiano.

Se ha visto cómo el constituyente ha plasmado normativamente una realidad desde la cual abrevan las instituciones y respecto de la cual se orientan los ideales, valores y fines del constitucionalismo en su mayor radical sentido. Y no podría ser de otro modo si, por una parte, se atiende a la inspiración humanista del derecho contemporáneo, tan marcadamente centrado en la titularidad de los derechos fundamentales, la igualdad y el respeto por la diferencia, la libertad, la solidaridad, la democracia y el bien común, aspectos que, por analogía de atribución, sólo encuentran pleno sentido en tanto y en cuanto estén soportados en ese fundamento de la dignidad humana. Sobre este aspecto no sobran las reiteraciones. Porque hablar de persona comporta, necesariamente, hablar de dignidad (Hoyos, 1989; Herrera Jaramillo, 2007). Esto es patente, incluso, en el uso prefilosófico de la palabra persona, inseparablemente ligado a una cierta sacralidad. Y así mismo, en la remisión inmediata a cierta cualificación: dignidad significa primariamente una cierta excelencia o superioridad en el ser (Tomás de Aquino). Un ser digno es, por lo tanto, un ser 'bueno en sí mismo', o un ser de tal naturaleza que merece, tiene por sí, es 'dueño' y 'apropia', es exigente y exige. Desde la dignidad humana se comprende, por tanto, la exigencia de trato, *i.e.* el hecho de que nadie puede ser tratado como cosa, ni tampoco, en palabras de Kant, como medio (1995). Significa, por otra parte, que un ser de tal naturaleza, en tanto merece por sí mismo, posee y tiene cosas, bienes básicos, derechos humanos que no están sujetos al parecer humano.

Desde estas consideraciones básicas se mostró la singular importancia que la persona tiene y ha tenido en el constitucionalismo colombiano, a partir de dos ideas centrales: la primera, en cuanto a realidad que el propio constituyente reconoce y presupone, y desde la cual extrae dimensiones normativas concretas, tanto para la persona misma (física), como para los entes 'morales' o personas jurídicas. La segunda, en cuanto a la necesidad de sustraer —respecto de tal dignidad— toda aproximación que implique aminorar su contenido, mediante distinciones artificiales que desconozcan su especial estatuto ontológico. O para decirlo de otro modo, digno es aquel que se sustrae de todo valor de uso, de todo precio, de toda negociación o ponderación. Esta es una de las razones por las que disentimos de la idea de que la dignidad o los derechos ínsitos en ella puedan ser objeto del juego de ponderaciones. Si bien este aspecto fue resaltado en relación a una lectura crítica frente al fallo del aborto, también se buscó abordar el aspecto crucial y más relevante de la concepción de la persona en el derecho constitucional colombiano, tema sobre el cual están dados —tanto normativa como jurisprudencialmente— los elementos básicos para una mayor profundización y desarrollo. Es, desde luego, una tarea siempre presente, en la que todos —juristas o no— debemos estar comprometidos.



REFERENCIAS

Doctrina

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Asamblea Nacional Constituyente del Pueblo Francés (1979). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional*, Nos. 112, 191.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Herrera Jaramillo, F. (2007). *El Derecho a la vida y el Aborto*. Bogotá: Editorial Jurídica Diké.

Herrera Pardo, C. (2008). La dimensión jurídica de la ley natural y su lugar en el orden normativo vigente. Reflexiones desde el realismo jurídico clásico. *Dikaion*, 17, pp. 29-48.

Herrera Pardo, C. y Mora Restrepo, G. (2011). Entre mentiras y defectos de argumentación: A propósito del denominado 'caso de aborto' en la jurisprudencia constitucional colombiana. En AA. VV., *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*. Washington: Americans United for Life (en prensa).

Hervada, J. (1965). El Derecho como orden humano. *Ius Canonicum*, V.

Hervada, J. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona.

Hoyos Castañeda, I. (1989). *El concepto jurídico de Persona*. Pamplona: Eunsa.

Hoyos Castañeda, I. (2005). *De la dignidad y los Derechos Humanos*. Bogotá: Temis.

Kant, I. (1785). *Metafísica de las Costumbres*. Bogotá: Editorial Rei Andes (1995).

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Locke, J. (1690). *Second Treatise of government*. Indianapolis: Hackett Publishing Company (1980).

Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Panikkar, R. (1951). *El concepto de naturaleza: análisis histórico y metafísico de un concepto*. Madrid: Instituto Luis Vives de Filosofía.

Singer, P. (2011). *Practical Ethics*. New York: Cambridge University Press.

Tomás de Aquino. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. Vols. 1 (I pars) y 3 (II-II).

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C 355 de 2006 (MP: Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1997. (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 1993 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 1994 (MP: Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia C-360 de 1996 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1998 (MP: Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 1993 (MP: Jorge Arango Mejía).

Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001
(MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia SU.1193 de 2000
(MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 1993
(MP: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).

Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 1995
(MP: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia T-094 de 2000
(MP: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. Sentencia T-1013 de 1999
(MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia T-1068 de 2006
(MP: Humberto Sierra Porto).

Corte Constitucional. Sentencia T-1166 de 2004
(MP: Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia T-1207 de 2004
(MP: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia T-1212 de 2004
(MP: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1994
(MP: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993
(MP: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia T-138 de 1995
(MP: Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia T-145 de 2000
(MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia T-1658 de 2000
(MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia T-196 de 2003
(MP: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004
(MP: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2004
(MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sentencia T-238 de 1996
(MP: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia T-296 de 1998
(MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-300 de 2000
(MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia T-304 de 1996
(MP: Jorge Arango Mejía).

Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 2000
(MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia T-359 de 2003
(MP: Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia T-377 de 1997
(MP: Hernando Herrera Vergara).

Corte Constitucional. Sentencia T-377 de 2000
(MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1995
(MP: Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1992
(MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia T-402 de 1992
(MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia T-402 de 2006
(MP: Alfredo Beltrán Sierra).



Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1999 (MP: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 1994 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-447 de 2000 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 1998 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia T-462 de 1997 (MP: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2003 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 1996 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1995 (MP: Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-532 de 1992 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia T-556 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 1999 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 1999 (MP: Fabio Morón Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia T-575 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992 (MP: Ciro Angarita Barón).

Corte Constitucional. Sentencia T-607 de 2003 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. Sentencia T-645 de 1996 (MP: Eduardo Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-676 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia T-681 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia T-701 de 2004 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes).

Corte Constitucional. Sentencia T-738 de 2007 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia T-809 de 2009 (MP: Juan Carlos Henao Pérez).

Corte Constitucional. Sentencia T-848 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. Sentencia T-879 de 2001 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional. Sentencia T-903 de 2001 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. Sentencia T-924 de 2002 (MP: *Álvaro Tafur Galvis*).

Corte Constitucional. Sentencia T-930 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. Sentencia T-971 1999 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Andrés Motta Navas

Director de la Especialización en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana. Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Javeriana, Rosario y Sergio Arboleda de Bogotá. Profesor de posgrados del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos I, la Universidad Francisco de Vitoria y la Universidad de la Laguna en España y de la Universidad Católica Argentina.



El Estado de Derecho en construcción

Por: Andrés Motta Navas

INTRODUCCIÓN

El título del presente artículo revela una realidad evidente consistente en que el Estado de Derecho no es un concepto inacabado que se agota en el tiempo o que se aprecia como cumplido plenamente de conformidad con criterios preestablecidos. Todo lo contrario, a pesar de la existencia de elementos axiológicos y sustanciales indispensables para la existencia, comprensión y vigencia del Estado de Derecho, su concepto contiene elementos perfectibles por antonomasia y en tal virtud, su realización es una tarea constante, en esencia inagotable y susceptible de avances y retrocesos. Lo anterior no significa que no existan características o notas definitorias del concepto que permitan apreciar que una sociedad definitivamente no vive bajo las premisas del Estado de Derecho, lo que ocurre, es que estos elementos pueden tener diversos grados de realización que lleven a concluir que el Estado de Derecho se perfecciona de una manera diversa y comparable en distintas sociedades.

Ahora bien, la eficacia misma de la norma jurídica confirma la anterior perspectiva. En efecto, toda norma jurídica tiene implícita la posibilidad de su incumplimiento y exige a su vez cierto grado de cumplimiento. Si la norma definitivamente no es respetada por ninguna persona, es ineficaz, y si la norma definitivamente es respetada por todos

y nunca se incumple es igualmente inútil, revelando con toda claridad el carácter instrumental de las disposiciones jurídicas y la eficacia del derecho como una cuestión de grado.

La eficacia del derecho como instrumento que permite la consecución de fines y objetivos en la regulación de la vida social se consolida a partir de la interiorización de sus valores y principios así como del respeto a sus postulados y reglas. En tal virtud, en la medida en que el orden jurídico consigue en mejor manera la realización de sus premisas, la necesidad de medidas coercitivas que obliguen la consecución de sus conductas disminuye, y en tanto en cuanto la vulneración de los mandatos normativos se agudiza y profundiza, la necesidad de sanciones que determinen comportamientos aumenta.

Así pues, la regla jurídica ostenta un grado de relatividad, por una parte si la norma no se estructura bajo una posibilidad, así sea mínima de trasgresión, su reconocimiento no se aprecia como indispensable; y por el contrario, si frente a una norma específica de referencia se presenta una violación constante, reiterada y generalizada, se evidencia la necesidad de modificarla para conseguir el valor subyacente que se busca proteger. Ahora bien, estos grados de cumplimiento de las normas jurídicas adquieren extensos puntos de relatividad y aspectos que analizar. En general, la

forma de producir el derecho y de expresarlo en una sociedad, adquiere los más variados matices y características, tan profusos y disímiles como la misma razón humana lo permite. No obstante lo anterior, el valor epistemológico del pluralismo, la racionalidad y el debate no pocas veces facilitan la persecución de objetivos similares y comunes para la humanidad a pesar de las diferentes formas de expresar el derecho en distintas culturas y sociedades.

EL PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO

El paradigma del Estado de Derecho requiere el análisis de la realidad jurídica, para lo cual es posible partir de la denominada teoría tridimensional¹ del derecho que identifica tres perspectivas diversas de análisis. La primera permite la apreciación del derecho desde el punto de vista fáctico teniendo en cuenta el derecho como un hecho social, la segunda desde el punto de vista normativo teniendo como base la norma jurídica y la tercera, advierte un orden valorativo que presupone el derecho como una representación de la justicia. Ahora bien, desde la perspectiva positiva, la aceptación de la teoría de Kelsen sobre la validez del derecho que atribuye dicha característica – validez— a la norma que respeta y se ajusta a la norma superior,² evidencia la imposibilidad de

justificar una norma superior a la Constitución³ y así resalta que el sentido jurídico del ordenamiento se encuentra en la eficacia de sus disposiciones, entendidas como el conjunto de normas obedecidas y acatadas por la sociedad. Bajo esta noción la seguridad jurídica como valor fundante y a la vez realizable del derecho permite la existencia de unas reglas anteriores y conocidas por sus destinatarios que deben ajustar su conducta a sus mandatos. El profesor español Pérez Luño (1991) refiriéndose al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica expresaba cómo esta última “no es un mero *factum* inmanente a cualquier sistema de derecho, sino un valor del derecho justo que adquiere su plena dimensión operativa en el Estado de Derecho”⁴. Es pues, el imperio del derecho y de la justicia en donde se encuentra el ámbito de

a esta; la creada de acuerdo a tal regulación, es inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es por tanto un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma —de grado más bajo—, se encuentra determinada por otra —de grado superior—, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: Supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional” (Kelsen, 1941, p. 51).

1 Los orígenes de teoría tridimensional de derecho son expuestos de la siguiente forma por el profesor español Ara Pinilla : “Esta tesis cuyo origen se remonta a los primeros años de nuestro siglo con la obra de Emil Lask (1875 – 1915) Filosofía Jurídica (1.905) ha sido expuesta de manera sistemática a partir de 1940 por el jurista brasileño Miguel Reale alcanzando una gran difusión dentro de la teoría del derecho española en autores tan representativos como pueden ser Luis Recasens Siches, Elías Díaz, Antonio Enrique Pérez Luño, Benito de Castro Cid, Luis Prieto Sanchis, Ramón Soriano y otros que, bien de forma expresa o bien implícitamente a través de la ordenación de los programas de las disciplinas que profesan, asumen la referida diversidad de perspectivas en relación al estudio del fenómeno jurídico” (Ara, 1996, p. 101 -102).

2 Kelsen expone la pirámide normativa indicando: “La norma que determina la creación de otra norma es superior

3 Kelsen expone el concepto de Constitución en sentido formal indicando que es: “cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales cuyo objeto es dificultar la modificación de ciertas normas” y, en sentido material, “está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y especialmente la creación de leyes. La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material” (Kelsen, 1988, p. 147).

4 Pérez Luño, Antonio Enrique, (1991). La seguridad jurídica. Barcelona. España. p.105



justificación del Estado y del poder. Sin derecho la arbitrariedad se impone y los derechos de la persona se desconocen.

Precisamente, la Corte Constitucional colombiana con ocasión de la ley estatutaria de los estados de excepción, abordó la definición del Estado de Derecho y centró sus notas características en la sujeción del poder a la norma jurídica, el imperio de la ley sobre la arbitrariedad, el establecimiento de las fronteras entre los funcionarios públicos y los particulares⁵ y el valor axial de dicha forma de organización política y jurídica que es la libertad⁶.

5 La regla del Estado de Derecho exige un tratamiento de la libertad que permite que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido, mientras que los servidores públicos, al ostentar el poder del Estado, sólo debe hacer aquello para lo cual se encuentran expresamente facultados por la norma. Esta regla se encuentra contenida en el artículo 6 de la Constitución colombiana bajo la siguiente fórmula: “Artículo 6. Los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

6 La Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994, con ocasión del control previo y automático de constitucionalidad en el proyecto de ley estatutaria sobre los Estados de Excepción que finalmente fue aprobado y se promulgó en la Ley 137 de 1994, definió las notas características y justificativas del Estado de Derecho de la siguiente manera: “El Estado de derecho es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica. A la consecución de ese propósito están orientadas sus instituciones que, bajo esta perspectiva, resultan ser meros instrumentos cuya aptitud y eficacia debe ser evaluada según cumplan o no, a cabalidad, la finalidad que constituye su razón de ser. La constitución rígida, la separación de las ramas del poder, la órbita restrictiva de los funcionarios, las acciones públicas de constitucionalidad y de legalidad, la vigilancia y el control sobre los actos que los agentes del poder llevan a término, tienen, de modo inmediato, una única finalidad: el imperio del derecho y, consecuentemente, la negación de la arbitrariedad. Pero aún cabe preguntar: ¿por qué preferir el derecho a la arbitrariedad? La pregunta parece necia, pero su respuesta es esclarecedora de los contenidos axiológicos que esta forma de organización política pretende materializar: porque sólo de ese modo pueden ser libres las personas que la norma jurídica tiene por destinatarias: particulares y funcionarios públicos. Desdibujar la frontera que separaba a los unos de los otros, fue la obsesión del constitucionalismo revolucionario del siglo XVIII y continúa siendo el leit-motiv del moderno Estado de derecho. La libertad, resulta ser entonces el valor axial del Estado de derecho, a secas, y del Estado social

Así, es innegable el profundo contenido axiológico de la institución conocida como Estado de Derecho caracterizada por un conjunto de elementos esenciales que permiten la aproximación a su noción y a sus notas específicas. Su origen próximo se remonta a las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII que se concretaron en el movimiento constitucionalista liberal y por supuesto en la Constitución. Esta corriente se estructuró a partir de una técnica para garantizar la libertad de las personas por medio de las declaraciones de los derechos y a través de la regulación del poder y la autoridad. Así, el equilibrio entre la libertad y la autoridad constituye su razón de ser.

Precisamente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 señalaba con toda contundencia la necesidad de la presencia de los dos elementos para que una sociedad estuviera dotada de una Constitución; por un lado, la garantía de los derechos de las personas y por otro la limitación del poder a través del principio de separación de poderes⁷. Igualmente, dentro de este contexto, la libertad adquiría la más plena realización a través de su reconocimiento y de la declaración contenida en las distintas constituciones y documentos de la época en el sentido de garantizar que los particulares pudieran realizar todo aquello que no está prohibido mientras que

de derecho que, consciente de que aquella sólo es posible bajo condiciones de igualdad real, busca propiciarlas, para que, así, el patrimonio ideológico justificativo de esa forma de organización política, no sea una mera ilusión”.

7 El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano previó expresamente: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”, y en relación con el Estado de Derecho expresado en el principio de legalidad como concreción de la seguridad jurídica, el artículo 7 dispuso: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia”.

la acción de la autoridad se encuentra fuertemente restringida al ámbito de su competencia. Con base en lo anterior, los dos presupuestos esenciales que sirven para apreciar la construcción del Estado de Derecho se concretan en la efectividad de los derechos y garantías de las personas y en el respeto al orden jurídico por parte de la autoridad en modo tal que no se excedan las funciones ni los límites del poder. Igualmente, es imprescindible destacar que la construcción del Estado de Derecho presupone la valoración de la eficacia de sus disposiciones y de sus elementos definitorios dentro de la sociedad, lo cual, se encuentra originado en el carácter instrumental del concepto, que excluye la posibilidad de justificación por sí mismo y exige la consecución de fines superiores que se concentran en la prevalencia de la persona y de sus derechos esenciales e inalienables⁸.

8 La H. Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-179 de 1994 mencionada, supra expuso dicho carácter instrumental del Estado de Derecho y su noción como un régimen de libertades de la siguiente manera: “Las instituciones del Estado de Derecho no son, pues, fines en sí mismas. Su sentido puramente instrumental se esclarece a plenitud cuando se identifican los bienes que están llamados a garantizar, entre los cuales ocupan un lugar axiológicamente privilegiado los derechos fundamentales que no son otra cosa que ineludibles inferencias del concepto originario de libertad seguridad, que se incrementa y enriquece en la medida en que las circunstancias históricas plantean al hombre nuevos retos, y determinan una mayor complejidad en la acción interferida. Pero ninguna garantía mejor para la preservación de esos bienes, que la injerencia de sus titulares en el ejercicio del poder. Y cuanto más directa e inmediata, tanto más eficaz. La democracia surge, entonces, como lógico corolario del régimen de libertades, justamente, bajo la forma de libertad participación. De estirpe liberal y democrática es, pues, sin duda, la filosofía que informa al Estado social de derecho. La teoría personalista, ínsita a él, persigue la superación de la tensión dialéctica individuo-sociedad mediante la concepción del hombre como persona dotada de dignidad (fin en sí mismo y no medio para un fin), que requiere de la organización social más perfecta hasta ahora lograda —el Estado— para poder realizarse de manera plenaria sin interferir en la realización plenaria de los otros. El principio de libertad formulado por Rawls condensa la realización cabal de esa idea: “Toda persona tiene derecho a un régimen de libertades básicas que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos”. Pero ese régimen de libertades, suprema ratio del Estado de derecho, tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las nor-

mas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades”.

Ahora bien, dentro de la universalidad de la noción Estado de Derecho aparece con gran fuerza y vigor el concepto mismo de Constitución que se identifica dentro del Constitucionalismo y tiene una importante carga axiológica indispensable para garantizar la superioridad de la persona sobre el poder⁹. Esta identidad entre Constitución y constitucionalismo dentro de las nociones liberales, con un claro contenido político, es expuesta por el profesor De Otto (1998) de la siguiente forma:

«La palabra Constitución, y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos y limitación de poder. (...)

«La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de

9 O sea, existe una subordinación del poder a favor de la persona. La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-406 de 1992 expuso lo anterior de la siguiente forma: “En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.



los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado que obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada “esencia”.

«Por eso mismo el calificativo “constitucional” se utiliza tan sólo cuando se cumplen las exigencias de esa idea. Hay, así, un régimen constitucional o un gobierno o un Estado constitucionales, que son lo contrario del Antiguo Régimen, del llamado absolutismo o despotismo, porque sólo en el régimen constitucional, o bajo un gobierno constitucional, está la libertad asegurada. Por eso también se denomina Monarquía Constitucional a aquella en la que el Rey tiene que compartir su poder con una Asamblea de elección más o menos democrática, esto es, a aquella Monarquía que ya no es absoluta en el sentido habitual de este término. El carácter constitucional o no de las instituciones les viene, por tanto, de que estén configuradas de tal modo que el poder resulte limitado y así la libertad garantizada» (De Otto. 1998, p.12)¹⁰.

10 Ahora bien, la perspectiva europea despliega a la Constitución como un mecanismo de control del poder, por medio de su separación, para evitar su concentración, y de esta manera, garantizar la libertad y los derechos. Esta idea, construida sobre la base de la asamblea representativa con funciones de legislación, la diferenciación entre estas y las funciones de aplicación del derecho como la función jurisdiccional, permiten la expansión del concepto a partir de la Constitución Francesa de 1791 y de la Constitución de Cádiz de 1812. Sobre el tema, De Otto (1988) p.12, explica el fenómeno de la siguiente forma: “Pero por una serie de razones políticas poderosísimas —entre ellas la existencia de monarquía— en Europa no llega a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna —por decirlo así— al aparato de poder del Estado, de modo

De conformidad con lo anterior, el paradigma del derecho constitucional sobre el Estado Constitucional de Derecho necesariamente implica la apreciación de la eficacia de la Constitución y la realización del Estado de Derecho bajo el prisma de los derechos de las personas¹¹, de los límites al

que Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos”. El fenómeno tuvo un desarrollo diferente en Norteamérica en donde la Constitución Política resaltó su naturaleza jurídica y se expandió la noción normativa de la Carta. Así, el mismo autor, comenta dicho surgimiento de la siguiente forma: “Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo. En palabras del Juez Marshall, que expresan con claridad esta idea, “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito las Constitución”. La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento no encontró eco y fue sustituida por la clara conciencia de la supremacía jerárquica de la Constitución”. Ahora bien, otra parte de las doctrinas contemporáneas ubicadas dentro de lo que algunos denominan el neopositivismo jurídico y el neopositivismo integrador, como expresión del modelo de Common Law, presente en los Estados Unidos, dotan de características especiales a las normas y preceptos constitucionales y a la labor hermenéutica de los textos constitucionales.

11 Precisamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial el mundo asumió la premisa de la universalidad de los derechos y la pretensión de aplicación a todas las sociedades independientemente de las especificidades propias y las circunstancias particulares. Las últimas décadas en occidente han reafirmado el carácter universal de los derechos y se han caracterizado por la expedición y suscripción de tratados y convenios que así lo establecen. En tal sentido, con posterioridad a dicho conflicto, la vocación universal de los derechos puede encontrarse claramente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en donde la inclusión de la palabra universal en el título hace latente su vocación de abarcar a toda la humanidad siguiendo la misma lógica de cobertura absoluta y repudio a individualizaciones emanadas de características personales que no se admiten en el campo del derecho público. Ahora bien, el preámbulo del texto contiene elementos de la mayor relevancia a la hora de entender la universalidad que pretende abarcar esta declaración. Casi como una declaración de voluntad de la misma Declaración, el preámbulo expresa cómo la dignidad humana y demás derechos iguales e inalienables para todos, son

ejercicio arbitrario o excesivo del poder y de la seguridad jurídica expresada entre otros principios en la supremacía de la Constitución y la sujeción de todos al ordenamiento jurídico válido. Por su parte, en la modernidad, el principio político de la soberanía popular se concreta en el principio jurídico de la supremacía constitucional, el cual, al lado del principio de jerarquía normativa, soporta todo el ordenamiento jurídico y justifica al Estado como el gran órgano que produce el derecho y detenta el poder. Así, la Constitución también es una norma que atribuye y organiza competencias y funciones, para la regulación de la sociedad en sus diversas expresiones; sin embargo, no lo hace de cualquier manera o sin contenidos y finalidades específicas, todo lo contrario, tiene un *telos* especial que la orienta y determina eficazmente constituido por los derechos de las personas y la garantía de su realización.

Adicionalmente a estos presupuestos que se apreciarán en relación con la Constitución Política de 1991, es indispensable destacar que existen muchas más instituciones que hoy en día configuran la noción de Estado de Derecho y que sin lugar a dudas implican un catálogo axiológico en las sociedades occidentales. Por esta razón, se mencionarán y apreciarán asuntos diferentes a los anteriormente mencionados, con la advertencia, que la categorización que se presenta se refiere a algunos aspectos destacables de la Constitución de 1991, sin que dicha exposición excluya o implique el desconocimiento de otras realizaciones

base de la libertad, la justicia y la paz. La lectura del articulado desde la óptica que deja el preámbulo da a entender una intención de expansión progresiva pero decidida del ámbito de aplicación de la Declaración tanto geográfica como ideológicamente hacia un ambiente de paz y fraternidad en la totalidad del mundo. El último párrafo del preámbulo refleja perfectamente esta concepción. Por demás ésta fórmula se verá reproducida en las Declaraciones que terminarán marcando la pauta en los distintos sistemas regionales de derechos humanos que habrían de desarrollarse posteriormente. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos, y en general los protocolos, convenios y pactos regionales sobre derechos tienen vocación de universalidad.

que no se encuentran expresamente mencionadas dentro de este texto. Con base en las anteriores reflexiones se presentan tres puntos a saber; el Estado de Derecho en construido a través de los derechos de las personas, el Estado de Derecho construido a través de los límites del poder y el Estado de Derecho construido a través de la seguridad jurídica y la sujeción al ordenamiento jurídico.

EL ESTADO DE DERECHO CONSTRUIDO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Sin lugar a dudas la Constitución Política de 1991 transformó radicalmente la realidad de la sociedad colombiana a partir del reconocimiento y realización de los derechos de las personas y de los mecanismos de protección de los mismos. El concepto de derechos fundamentales¹² se encuentra presente en el subconsciente colectivo de las personas en el país y la noción de justicia se concreta para gran parte de la población en la acción de tutela. La Constitución de 1991 hace parte de la vida diaria de las personas y el lenguaje del ciudadano ha incorporado los conceptos constitucionales referentes a los derechos creando una realidad eficaz y vigente. En este orden de ideas la construcción del Estado de Derecho exige el perfeccionamiento constante y permanente de

12 La Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-406 de 1992, advirtió los elementos propios de los derechos fundamentales expresando que requieren, entre otras características; la conexión directa con los principios, la eficacia directa que excluye la necesidad de una norma que permita su realización y la definición de su contenido esencial, el cual explicó indicando: “Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas”.



la realización de los derechos, pudiendo apreciar que en estos últimos 20 años ha existido una evolución importante en dicho proceso, el cual debe continuar y profundizarse.

De la mano de la tutela ha nacido una cultura por los derechos que constantemente se expande y desarrolla con mayor intensidad. A pesar de las dificultades propias derivadas del conflicto armado en Colombia y los problemas sociales, los ciudadanos sienten que tienen derechos y que deben ser reconocidos y protegidos. En tal virtud, dicha perspectiva se compadece plenamente con las raíces más profundas de la democracia constitucional¹³ que entiende al Estado al servicio de la persona y no a la autoridad por encima del ciudadano. No obstante algunos opinen que existen subculturas que impiden la realización del Estado de Derecho, lo cierto es que la cultura de los derechos fundamentales se ha impuesto en la sociedad colombiana y ha generado una dinámica progresiva de reconocimiento y realización cada vez más garantista y por ende más virtuosa. En efecto, el dinamismo y progresividad propia de los derechos ha venido perfeccionando las definiciones inherentes a los mismos, aclarando en qué consiste el núcleo esencial o el mínimo vital y en general los diversos aspectos de los derechos.

En la actualidad, prácticamente existe uniformidad en aquella apreciación de la tutela

como el mayor éxito de la Constitución y en tal virtud como el instrumento que concreta el Estado de Derecho en sus valores y principios más profundos. Ahora bien, la anterior perspectiva se incrementa ostensiblemente cuando las personas en general perciben que la administración de justicia en Colombia es lenta y demorada y que el único mecanismo que tienen para obtener la resolución pronta que permita la protección de sus derechos es la acción de tutela, permitiendo apreciar el éxito del mecanismo de amparo de los derechos fundamentales y la imposibilidad de garantizar la vigencia efectiva del imperio del derecho al no contar una justicia pronta y oportuna por fuera de la tutela. En tal sentido, la construcción del Estado de Derecho exige la pronta y oportuna administración de justicia y la creación de la institucionalidad necesaria para tal propósito. En este mismo orden de ideas, es indispensable mencionar, que la garantía de los derechos de las personas se ve gravemente comprometida si la justicia no actúa, facilitando la comisión de delitos y la vulneración del orden jurídico. En todos los casos, en este momento, aún en nuestro país, es indispensable superar los niveles de violencia y desconocimiento de los derechos de las personas y construir un Estado de Derecho más eficaz.

De la misma manera, es importante destacar cómo la materialización de los derechos previstos en la Constitución ha implicado la constitucionalización de todo el Estado de Derecho por medio de la creación de reglas y sub reglas derivadas de la Carta Política que implican la concreción y realización de los valores y principios de la Constitución. Las diferentes ramas del derecho se encuentran constitucionalizadas, algunas con mayor intensidad que otras, por medio de la jurisprudencia que informa sus normas e instituciones y que determina el sentido y alcance de sus disposiciones. Así pues, en la actualidad el derecho administrativo, el derecho laboral, el derecho privado, entre otros, se comprenden a partir de los valores y principios constitucionales que los determinan en

13 El profesor italiano Ferrajoli explica la democracia constitucional indicando que: “se trata en realidad de mudanzas que se producen en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica y política, más que en las estructuras institucionales (...) el consenso de masas sobre el cual estaban fundadas las dictaduras fascistas, aunque fuera mayoritario, no puede ser ya la única fuente de legitimación del poder. Y se redescubre, por ello, el significado de la Constitución como límite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos antes en el Art. 16 de la Declaración de Derecho del Hombre de 1789 “Toda sociedad en la que no estén aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución”. Se redescubre en suma –a nivel no sólo estatal sino internacional-, el valor de la Constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente, los dos principios negados por el fascismo” Ferrajoli, (2008) p. 32, 33

manera más eficaz, descendiendo a las diversas ramas del derecho, con el propósito de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la eficacia de la Constitución de 1991 podría apreciarse bajo dos puntos de vista. El primero de ellos, formal y sustantivo, derivado de la supremacía de la Constitución como norma básica del ordenamiento jurídico que implica que el orden jurídico que se encuentra subordinado respeta y acata al orden jurídico superior expresado en las cláusulas de la Constitución. Sin embargo, el segundo de ellos, también vigente en la actualidad, entiende que la Constitución ha venido convirtiéndose en una realidad eficaz y vigente en la cotidianidad de las personas y de los operadores jurídicos.

Independientemente del grado de eficacia normativa de los contenidos constitucionales expresados en las leyes y en las normas de inferior jerarquía, la sociedad actual busca la aplicación directa de la Carta Política y entiende que la garantía de su vida y sus derechos se encuentra en la Constitución. Este documento —la Constitución— no es un tema exclusivo de juristas, sino que revela con nitidez y claridad los valores y principios de una sociedad, que a su vez se transforman en derechos y prerrogativas plenamente aplicables y vigentes para el ciudadano convirtiendo el Estado de Derecho en una realidad.

Dentro de estas corrientes, uno de los expositores que con mayor difusión presenta el tema es el profesor de la Universidad de Génova, Ricardo Guastini. La obra del autor italiano denominada la "Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano" entiende dicho fenómeno como un proceso de transformación de la sociedad en donde el texto superior impregna la vida social y determina la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos. Dicha constitucionalización del derecho se define a partir de una Constitución al extremo invasora que impregna la vida social:

«No quedan espacios vacíos de derecho constitucional, esto es, libres de él: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes»²⁴ (Guastini, 2008, pp. 159-160).

De conformidad con su tesis, existen siete condiciones del ordenamiento jurídico constitucionalizado.

1. Que exista una Constitución rígida.
2. Que haya una garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. Que la Constitución tenga una fuerza vinculante.
4. Que exista una sobreinterpretación de la Constitución.
5. Que se apliquen directamente las normas constitucionales.
6. Que haya una interpretación conforme de las leyes.
7. Que haya una Constitución que incide sobre las relaciones políticas.

Esta presencia de la Constitución en la vida cotidiana de las personas causa que las modificaciones o cambios al texto superior impacten en forma más contundente a la sociedad. Como es obvio, en el evento en que no exista una radical presencia de la Constitución en la vida de los ciu-



dadanos, éstos sentirán que las reformas constitucionales son extrañas y lejanas a su realidad y en tal virtud la eficacia del derecho será menor. Sin embargo, si la Constitución ostenta un papel activo dentro de la realidad de una determinada comunidad como actualmente ocurre en un gran número de países occidentales, el fenómeno de la reforma de la Constitución es una situación que impacta y altera la vida diaria de los ciudadanos. Sobre esta característica es indispensable mencionar que la Constitución de 1991 ha tenido un gran número de reformas —aproximadamente 34 para el 2011— afectando la estabilidad de la Carta y la rigidez de sus disposiciones. Por su parte, la defensa de los derechos fundamentales de las personas ostenta grados de constatación destacables en el caso colombiano, en donde la Constitución ha entrado por esta vía con fuerza en la vida de los colombianos.

LA SUJECCIÓN DEL PODER AL ORDENAMIENTO JURÍDICO, EL ESTADO DE DERECHO CONSTRUÍDO A PARTIR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CULTURA DE RESPETO AL DERECHO

El carácter humanista de la Constitución de 1991 exige que la parte orgánica de la Constitución en donde se encuentra la estructura del poder se interprete e informe con base en la parte dogmática en donde se encuentran los valores constitucionales, los principios constitucionales, los derechos y deberes de las personas y los mecanismos de protección de derechos¹⁵. No se trata

15 La subordinación de la parte orgánica de la Constitución a la parte dogmática se encuentra mencionada profusamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-406 de 1992 ya citada. De la misma manera, en la parte dogmática de la Constitución se encuentra el Título I que se ocupa de los principios fundamentales, el Título II que se refiere a los derechos, las garantías y los deberes, el cual a su vez tiene cinco capítulos a saber: 1. De los derechos fundamentales. 2 De los derechos sociales, económicos y culturales. 3. De los derechos colectivos y del ambiente. 4. De la protección y aplicación de los derechos y 5. De los deberes y obligaciones.

de predicar la existencia de normas de diferente categoría dentro de la Constitución, pero sí de la existencia de normas más importantes que otras; las normas de la persona que justifican las normas del poder y de la competencia de la autoridad.

Así pues, se destaca cómo detrás de la necesidad de limitar el poder se encuentra la superioridad de la persona. Esa limitación del poder se consigue a través de diferentes técnicas, una de ellas la tradicional división de las funciones públicas en ramas del poder público, que cumplen con funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de sus fines¹⁶. Las tradicionales ramas del poder público se encuentran separadas evitando la concentración del poder y en tal virtud enervando las posibilidades de arbitrariedad por parte de alguna de ellas. Pero, la Constitución del 91 ha evolucionado y destacado la necesidad de realizar dicho postulado de la limitación del poder por medio de adecuados esquemas de control que son indispensables actualmente en el constitucionalismo occidental. Así, más allá de la separación de los poderes públicos como un principio que se justifique a sí mismo, lo que se busca es un esquema de control que impida el exceso, la arbitrariedad y por ende la violación de los derechos de las personas.

La Constitución Política de 1991 creó órganos de control diferentes al controlado, autónomos e independientes, con estructuras orgánicas y funcionales propias, que desde diferentes perspectivas vigilan la conducta oficial de los servidores públicos y cuidan el patrimonio público. Ha surgido con especial vigor todo un derecho sancionador de tipo disciplinario y fiscal tendiente a controlar a la administración y a los órganos del Estado para que no omitan ni excedan las competencias que les son propias¹⁷. Esta función de fiscalización

16 Artículo 113 de la Constitución Política de Colombia.

17 Los estatutos disciplinario y fiscal se encuentran contenidos en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 610 de 2000 respectivamente.

y control es un protagonista diario de la realidad colombiana y también tiene a su cargo la defensa del orden jurídico y de los derechos de las personas garantizando la construcción del Estado de Derecho. Precisamente, 20 años después de la expedición de la Constitución, los fenómenos de exceso de poder o de incumplimiento de los deberes por parte de algunos servidores públicos han sido eficazmente reprimidos y castigados por la Procuraduría General de la Nación, en su función de control de la conducta de los servidores públicos, y por la Contraloría General de la República en ejercicio de la función de control fiscal.

Dentro de la estructura del Estado prevista en la Constitución merece una mención especial la consagración de la independencia de los órganos que administran la función electoral. En la democracia y en el Estado de Derecho la organización de las elecciones como canales de expresión del poder popular exige que estén desprovistos de todo interés y de la más absoluta objetividad. Definitivamente en los países en que el órgano electoral depende del órgano de poder que a su vez es elegido, la democracia se restringe gravemente. Sin embargo y a pesar de la independencia y autonomía de los órganos electorales en nuestro país, diferentes circunstancias sociales y la realidad del conflicto armado que hemos tenido, ha llevado a que las garantías en las elecciones, el sufragio libre y pleno, la transparencia en el ejercicio político, la existencia de condiciones de libertad que faciliten y garanticen la manifestación del pueblo, sean asuntos que requieran mayor desarrollo y mejores logros para la construcción del Estado de Derecho. En efecto, es ampliamente conocido en el país el denominado fenómeno de la para política¹⁸ que vició las elecciones y a los partidos políti-

cos llevando a un gran número de líderes políticos a la privación de la libertad. Como ocurre en este tipo de fenómenos, en primera instancia existe un funcionamiento precario y deficiente del Estado de Derecho que se compromete en sus valores esenciales al permitir que las estructuras de poder sirvan a intereses ilegales, y luego en segundo lugar, la respuesta institucional sanciona y castiga los hechos punibles y las conductas irregulares, permitiendo afirmar la vigencia del orden jurídico, la superioridad de la Constitución y la construcción del Estado de Derecho. Esta perspectiva evidencia la necesidad de construir el Estado de Derecho en la base del proceso político y así evitar que se aprecie su funcionamiento cuando debe entrar a corregir los defectos del mismo.

No sólo es necesaria la separación de poderes con un sistema de frenos y contrapesos efectivo y un sistema de control fuerte y eficaz, también es indispensable diseñar una arquitectura constitucional sólida con mecanismos de nominación y elección de los órganos del poder que permitan garantizar la citada autonomía e independencia, pues si el controlante depende del controlado, o el investigado depende del fiscalizador, se arriesga la objetividad, la transparencia y los límites al poder.

Advirtiendo la imposibilidad de realizar un análisis exhaustivo de los mecanismos de nominación y elección de altos cargos del Estado, es imprescindible destacar que la arquitectura institucional del Estado de Derecho en Colombia, que tiene una forma de gobierno presidencial, sufrió una importante modificación con la introducción de la posibilidad de reelección presidencial, sin dejar de resaltar, que según la argumentación de la H. Corte

18 Álvaro (2007) explicaba: “La pérdida de horizonte por parte de los partidos políticos ha sido encubierta por la irrupción de un conjunto de reglas de juego informales, a través de las cuales los políticos procesan sus intereses particulares como si se tratara del interés general. (...) En este contexto, la Constitución de 1991 pretendió eliminar las prácticas clientelistas y la intermediación política a través de la descentralización,

la elección popular de alcaldes y gobernadores y, la reglamentación de las juntas administradoras locales. Con estas medidas la ciudadanía podría ejercer control político y ciudadano. Sin embargo las prácticas clientelares sobrevivieron adaptadas y modificadas al nuevo diseño institucional del régimen político colombiano. Dentro de esta dinámica, la clase política se convirtió en “líderes políticos que representan pequeños sectores locales o regionales que deben proteger sus electores de otros líderes que los querrán para sus respectivas clientelas”.



Constitucional en la sentencia C-1040 de 2005¹⁹, no se sustituyó la identidad de la Constitución.

En el mismo orden de ideas, la limitación del poder tiene sentido y razón de ser si la norma que la realiza, o sea la Constitución, es estable y no se encuentra sometida a la volatilidad de un gobierno, de un partido político o de una ideología. Colombia a partir de la sentencia C-551 de 2003 declaró la imposibilidad de sustituir, derogar o subvertir la Constitución por parte del poder constituyente secundario o derivado, adoptó el test de sustituidibilidad y declaró entre otras la inexistencia de cláusulas pétreas. Esta línea ha sido desarrollada en varias sentencias dentro de las cuales se destacan la sentencia C-551 de 2003 que la inicia, la sentencia C-1040 de 2005 ya citada, la sentencia C-588 de 2009 y la sentencia C-141 de 2010²⁰, esta

última aquella que declaró inconstitucional la posibilidad de una segunda reelección.

La Constitución limita el poder y al hacerlo protege a la persona, garantiza sus libertades y permite a los ciudadanos colombianos vivir en un Estado de Derecho, defendiendo así la seguridad jurídica presupuesto del derecho justo. Sin embargo, la cultura de la legalidad y del respeto al imperio del derecho en nuestro país desafortunadamente continúa siendo precaria. Los índices de violencia que evidencian la tendencia de las personas a solucionar sus problemas aplicando esquemas de justicia privada constituyen un factor de perturbación notable a la vigencia del Estado de Derecho y del respeto al orden jurídico. En general, los diferentes actores del conflicto armado y el poder que en algunas épocas han ejercido en diferentes regiones del país han causado que la vigencia de imperio del Estado de Derecho sea limitada, y en su lugar, esquemas particulares y violentos hayan sido implementados para solucionar los conflictos. No obstante lo anterior, es importante destacar cómo ha perdurado la institucionalidad a pesar de los múltiples conflictos

19 La Corte en la sentencia 1040 de 2005 dijo: “para la Corte permitir la reelección presidencial —por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial— es una reforma que no sustituye la Constitución por una opuesta o integralmente diferente”.

20 En la sentencia C-141 de 2010 la Corte se refiere a la línea de jurisprudencia de la siguiente manera: “La tantas veces citada sentencia C-551 de 2003 dio inicio a la línea jurisprudencial sobre la competencia de la Corte Constitucional para examinar los así denominados vicios de competencia en el marco de una reforma a la Constitución. Esta tesis ha sido posteriormente desarrollada por las sentencias C-1200 de 2003; C-572, C-970 y C-971 de 2004; C-1040 de 2005; y en fecha más reciente en la sentencia C-588 de 2009, entre otras decisiones relevantes sobre la materia”. En relación con los límites al poder de reforma entre otros puntos expuso: Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible aseverar que existe una regla común según la cual todos los órganos constituidos tienen un poder de reforma limitado. Situación diferente se presenta cuando ya no se trata de la reforma de la Constitución vigente sino de su cambio, evento en el cual la Corporación ha reconocido, en la citada sentencia C-551 de 2003, que “la fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es ‘rebelde a una integración total en el sistema de normas y competencias’, y por ello no admite una institucionalización total”. Sin embargo, la Corte estimó que “la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma”

y en la sentencia C-1040 de 2005 indicó que “el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta” y que “sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente”. En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos. Así pues, de los distintos mecanismos contemplados en el artículo 374 constitucional el único que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada expresamente para proferir una nueva Carta y, por lo tanto, la vía de referendo constitucional no es idónea para transformar los principios estructurantes plasmados originalmente en el texto constitucional.

y graves situaciones que vive la sociedad colombiana, operando el Estado de Derecho, no sin imperfecciones en tiempos de crisis o de intenso debate, generando la aplicación de frenos y contrapesos al poder que sin duda han permitido la vigencia de la Constitución y de los derechos en ella contenidos.

Por otra parte, es importante resaltar cómo a partir de la Constitución de 1991 el orden jurídico colombiano fue objeto de una importante alteración en la expresión del Estado de Derecho, esto es, en las fuentes formales del derecho. La tradición jurídica imperante en nuestro país, en la Constitución de 1886, respondía a los criterios del movimiento liberal burgués y radicaba en la ley la fuente formal principal del derecho. El constitucionalismo y las corrientes introducidas a partir de la Constitución de 1991 implicaron una mutación constitucional del artículo 230 de la Carta y resaltaron el papel protagónico de la Corte Constitucional y de su jurisprudencia desde los primeros años de vigencia. Con especial importancia se destacan las sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993 y C-486 de 1993, entre otras. En concordancia con las reflexiones expuestas supra, los derechos y la acción de tutela modificaron igualmente nuestra cultura jurídica y así la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad y la doctrina constitucional de las acciones de tutela cambiaron el sistema de fuentes formales del derecho.

Esta realidad se extendió a distintas jurisdicciones y a diferentes órdenes. En la actualidad incluso se encuentran sistemas de fuentes formales del derecho dentro de determinadas jurisdicciones, como ocurre con el nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo que contiene normas sobre la aplicación uniforme de jurisprudencia del H. Consejo de Estado y prevé el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. El Estado de Derecho en la Constitución de 1991 tiene un nuevo sistema de fuentes formales del derecho que en todo caso debe garantizar la seguridad jurídica como valor fundante del sis-

tema, indispensable en todo caso, para la consecución de la justicia y por ende requisito indispensable del Estado de Derecho.

REFERENCIAS

Álvaro, M. (2007). *La Parapolítica: la infiltración paramilitar en la clase política colombiana*. Nuevo Mundo Mundos Nuevos, Coloquios. Recuperado en: <http://nuevomundo.revues.org/4636>.

Ara Pinilla, I. (1996). *Teoría del Derecho*. Madrid: Taller Ediciones JB.

Carta Africana de Derechos.

Constitución Política de Colombia

Convención Americana de Derechos Humanos.

Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993

Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

De Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*, Madrid: Editorial Trotta.

Guastini, R. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. México: Estudios de Teoría Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1941). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Lozada.

Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de México.

Perez Luño, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona.



María José Mantilla Calderón

Investigadora del Centro de Investigaciones de Derecho y Justicia (CIDJ). Abogada de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos en la Universidad Complutense de Madrid. Analista constitucional.



Principio de legalidad: sujeción a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia de las altas cortes

Por: María José Mantilla Calderón

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en el ordenamiento constitucional colombiano es posible encontrar varias acepciones del principio de legalidad. Tal es el caso de la legalidad penal, la legalidad tributaria y la legalidad disciplinaria.

Ahora bien, como fuente genérica de estas especies del principio de legalidad, se encuentra una cláusula a través de la cual el Constituyente de 1991 pretendió la vinculación tanto de los particulares como de los servidores públicos a la Constitución y a la ley. De los primeros en forma negativa, en tanto que dispuso que los particulares serán responsables por infringir la Constitución y la ley, y de los segundos en forma positiva, pues determinó que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar en contra de la Constitución y de la ley, al disponer que los servidores públicos serán responsables además por la vulneración de esos cuerpos normativos, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, con lo cual se impuso una necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a las disposiciones jurídicas y de manera preferente a las que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, sin excluir a los reglamentos, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución (sentencia C-335 de 2008).

Es a esta forma genérica del principio de legalidad a la que se hará alusión en esta oportunidad, principio que en el contexto del Estado Social de Derecho, constituye una de sus piezas clave como presupuesto para la consecución de los fines del Estado (artículo 2 de la Constitución).

Haciendo una breve referencia a los antecedentes en relación con la adopción de esta cláusula en la Constitución de 1991¹, se puede afirmar que ello tuvo lugar a partir de la influencia de la ideología liberal clásica en cuanto a la necesidad de establecer un gobierno de leyes y no de hombres, entendiéndose a la ley como expresión de la voluntad general, en cuya formación podrán participar todos los ciudadanos, personalmente o por medio de sus representantes, en la manera como se determinó en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos de los Hombres y de los Ciudadanos, es decir, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático.

En definitiva, con el establecimiento del principio de legalidad se quiso vincular todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades

1 El principio de legalidad se reitera, para los servidores públicos, en el artículo 121 de la Constitución, según el cual “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. Así mismo, para una lectura integral de este principio, deben tenerse en cuenta los artículos 1, 29, 44, 93, 123, 189-11, 214-2 y 230 de la Constitución.

“a un sistema objetivo, igualitario y previsible de las normas jurídicas de carácter general emanadas por el órgano de representación popular” (sentencia C-335 de 2008).

No obstante la pretensión del Constituyente de 1991, tras el paso de 20 años de vida de esta Constitución, la práctica jurídica constitucional ha enseñado que ante el modelo flexible de distribución de funciones del poder público, bajo la idea de la colaboración armónica de los órganos del Estado para la realización de sus fines (artículo 113 de la Constitución) y por el *diseño estructural* de las diferentes disposiciones que integran la Constitución y las leyes, en ocasiones, incluso en la mayoría de las veces, estas fuentes formales de derecho no son suficientes para la materialización de los principios de igualdad (sistema igualitario) y de seguridad jurídica (sistema previsible), haciéndose necesaria la inclusión de la jurisprudencia de las altas cortes como elemento determinante para asegurar a la sociedad una vida estatal acorde con el principio de legalidad.

Con la finalidad de verificar la veracidad de esta hipótesis, a través de este escrito se destacarán las causas de la referida insuficiencia y la forma en que la misma ha sido abordada por los operadores jurídicos, por medio de la reconstrucción de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha encargado del asunto.

Para tales efectos, se hará referencia a (i) las características generales de la forma originaria como fueron concebidas las funciones de creación y aplicación del derecho en la Teoría del Estado de la época de la Revolución Francesa y su paso al Estado Social de Derecho; (ii) a la estructura de las disposiciones jurídicas, a la inevitable realidad de la indeterminación normativa, y finalmente (iii) a las reglas vigentes en cuanto a la sujeción de los

servidores públicos y de los particulares a la jurisprudencia de las altas cortes.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO BAJO LA CLÁSICA TEORÍA DEL ESTADO Y EL PASO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con el surgimiento de la Teoría del Estado, a la luz de la Revolución Francesa, se marcó una notable diferenciación entre las ramas del poder público, como consecuencia del interés de dejar atrás definitivamente el antiguo régimen de las monarquías absolutas.

Así, encontramos Estados en los que se estableció una rigurosa separación entre la competencia para la creación de las disposiciones jurídicas y la competencia para la aplicación de las mismas, siendo los parlamentos los encargados de crearlas, y la administración y los jueces, los encargados de aplicarlas.

Así, en el proceso de aplicación de las disposiciones, correspondía tan sólo ubicar aquella que cobijara al hecho concreto objeto de estudio y posteriormente hacer efectiva la consecuencia jurídica contemplada en aquellas, sin que hubiere lugar a establecer tachas acerca de su legitimidad o validez.

Se concebía entonces a la aplicación del derecho como un ejercicio de subsumir el supuesto de hecho a la disposición a aplicar, bajo un simple silogismo en el que la disposición es la premisa mayor; el supuesto de hecho, la premisa menor y la resolución del caso concreto, la consecuencia.

Ahora bien, en el siglo XX, con la aparición de los Estados modernos, constitucionales y/o sociales de derecho, como es el caso colombiano, al funcionamiento del Estado se le sumaron insti-



tuciones jurídicas a través de las cuales se implementaría el sistema de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público, así como también un espíritu de colaboración entre los funcionarios del Estado, que haría flexible el modelo estricto de separación de las funciones de las ramas del poder público.

Una de estas instituciones sería, por una parte, la competencia en cabeza de la Jurisdicción Constitucional, de realizar juicios de constitucionalidad de las leyes, y por la otra, la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de realizar juicios respecto de la validez de los reglamentos².

En virtud de lo anterior, los jueces adquirieron la calidad de “legisladores negativos, entendiendo el término legislador como alusivo a la ley y al reglamento, en cuanto que les permite eliminar del ordenamiento la ley inconstitucional o el reglamento ilegal” (De Otto, 2008).

Así mismo, en el marco del Estado Social de Derecho, la igualdad material de todas las personas frente a la ley³ fue adquiriendo cada vez más importancia y con ello la necesidad de una

2 Cabe señalar que en la actualidad no solamente a través del control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la Corte Constitucional, o del que realiza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre los reglamentos, cuando a ello hay lugar, se pueden enjuiciar estas disposiciones jurídicas, pues todos los funcionarios públicos, de oficio o a petición de parte, pueden inaplicar una disposición por considerarla contraria a la Constitución a través de la excepción de inconstitucionalidad, aunque con efectos jurídicos que solamente vinculan a las partes del caso concreto.

3 Es pertinente señalar que con la calificación social del Estado colombiano, el Estado de Derecho no desaparece, sino que se armoniza con la condición de lo social, en la cual la dignidad humana y el interés colectivo se fusionan. Por tal razón, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le suman la efectividad de los derechos humanos y la justicia social como elementos que cohesionan y orientan la acción del Estado (sentencias C-479 de 1992 y C-449 de 1992).

aplicación uniforme del derecho por los jueces y por quienes de conformidad con el artículo 116 de la Constitución tienen la función de administrar justicia, lo que provocó que la Corte Constitucional creara reglas para tales efectos y la adopción de disposiciones jurídicas que se han encargado de plasmar en el derecho positivo algunas de esas reglas, como se verá más adelante.

En consecuencia, teniendo a la jurisprudencia como resoluciones de las altas cortes a través de las cuales se puede expulsar del ordenamiento jurídico una disposición legal o reglamentaria, y como una herramienta para unificar la forma en que ha de aplicarse el derecho, esta ha tomado, por su propia cuenta, el valor normativo que nunca se había pensado podría llegar a tener la función de los jueces en el marco de un sistema normativo rígido como el colombiano.

Bajo esta misma línea, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien es cierto que disposiciones como el artículo 230 de la Constitución otorgarían a la jurisprudencia solamente la calidad de criterio auxiliar de interpretación, razón por la cual la misma sólo funcionaría como un orientador que indica al operador jurídico el paso a seguir al momento de resolver un caso concreto o de adoptar una conducta específica en determinadas circunstancias, desde el punto de vista de la práctica constitucional, se precisa reconocerle a la jurisprudencia su carácter vinculante, pues sólo siendo ello así se pueden salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica que obligan a que casos iguales sean tratados de forma igual por todos y para todos aquellos que están sujetos a un sistema jurídico, esto es, particulares y servidores públicos (sentencia C-335 de 2008).

Lo anterior, como consecuencia de los efectos de las sentencias proferidas por las altas cortes,

sumado a la necesidad de un funcionamiento coherente de todo el sistema jurídico colombiano, toda vez que la sujeción a la jurisprudencia de las altas cortes “asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares” (sentencia C-335 de 2008).

En cuanto a los efectos jurídicos de las sentencias de los altos tribunales colombianos en relación con el principio de igualdad, la Corte Constitucional, aun reconociendo que en alguna oportunidad estableció que sólo su doctrina constitucional tenía el carácter de fuente obligatoria de derecho (sentencia C-083 de 1995)⁴, determinó que la jurisprudencia de todos los altos órganos jurisdiccionales, esto es, además de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, por la vía de la unificación, al materializar el principio de igualdad, también cuenta con la entidad suficiente para vincular a ella el desarrollo del sistema normativo colombiano (sentencia T-123 de 1995).

De igual forma, la Corte Constitucional se encargó de disipar las dudas existentes en relación con la fuerza vinculante de las sentencias que se profirieron dentro del trámite de revisión de las acciones de tutela, al determinar que su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal no sólo de los jueces, sino también de quienes sirven a la administración y de los particulares que ejercen funciones públicas (sentencia C-335 de 2008).

Así, la Corte, explicando que los contenidos normativos de la Constitución no pueden variar de acuerdo con el criterio que tiene cada uno de los jueces para resolver asuntos en los que se vulneran o se constata la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales, determinó que el desconocimiento de la jurisprudencia resultado

de la revisión de los fallos de tutela vulnera la misma Constitución, en cuanto se aplica en manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar (sentencia T-260 de 1995), pues si bien las sentencias de tutela tienen un aspecto subjetivo, que las circunscribe al caso concreto, también cuentan con un aspecto objetivo, esto es, con consecuencias generales en cuanto a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, que vinculan a los operadores jurídicos en casos en cuyos fundamentos fácticos encajen en el objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de forma expresa por el derecho positivo (sentencias T-175 de 1997, T-068 de 2000).

En definitiva, para la Corte Constitucional, aun cuando los efectos de la parte resolutive de las sentencias que se profieren en sede de revisión de tutela sólo obligan a las partes (efectos interpartes), el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o de sus consideraciones va más allá del asunto objeto de revisión, como quiera que la interpretación fijada por la Corte determina el contenido y alcance de las disposiciones constitucionales y, a la vez, “forma parte del ‘imperio de la ley’ a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución” (sentencia C-252 de 2001).

Con lo anteriormente expuesto, se pone de relieve la transformación de la clásica teoría jurídica que diferenciaba estrictamente, de un lado, la función de crear derecho y del otro, la de aplicarlo, como resultado del devenir de la práctica constitucional, en aras de la protección de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Los operadores jurídicos ya no son la “boca que pronuncia las palabras de la ley”⁵, los jueces ya no son simples aplicadores de las disposiciones jurídicas, la jurisper-

4 Una lectura crítica de esta sentencia puede apreciarse en Pulido, 2008.

5 Como lo dijera Montesquieu.



dencia tiene ahora un carácter vinculante⁶. Tanto así, que la libertad de los jueces para apartarse de la jurisprudencia de las altas cortes se ve supeditada a una justificación razonada y suficiente; lo mismo sucede con los demás servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas al momento de dar solución a un caso concreto, pues de no hacerlo, se podría incurrir en el delito de prevaricato por acción, como se verá más adelante (sentencia C-335 de 2008).

EL DISEÑO ESTRUCTURAL DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS Y LA INEVITABLE INDETERMINACIÓN NORMATIVA

En un primer momento se consideró a los cuerpos normativos como disposiciones jurídicas con un único sentido o contenido normativo, bajo la idea de que las palabras que los integran, en algunos casos, tienen un significado único, claro y evidente y, en otros, a través de un simple ejercicio de interpretación se podría llegar a un significado unívoco del texto normativo.

También se consideró que las disposiciones jurídicas eran exhaustivas, que no dejarían vacíos normativos o lagunas que no pudieran superarse con el uso de los métodos clásicos de interpretación y, en el caso de las leyes y los reglamentos, no se preveía la existencia de contradicciones que no pudieran superarse con el uso de los criterios de solución de antinomias, eso es, con los criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia.

Bajo este orden de ideas, los llamados a pensar justicia realizaban un ejercicio de subsunción, en la forma como ya se indicó, a través de la realización de una "labor puramente *cognoscitiva*,

no volitiva, que consiste en encontrar el mandato que la ley contiene y aplicarlo mediante un acto que no deja lugar alguno a la creación sino que está predeterminado legalmente por todos sus extremos" (De Otto, 2008).

Ahora bien, la teoría jurídica moderna ha puesto de relieve los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos al momento de aplicar las disposiciones, pues los contenidos normativos de las mismas no son unívocos ni claros y tampoco completos.

Se parte entonces de una distinción entre (i) el escrito mismo que da lugar a uno o a varios significados del texto normativo, esto es, disposición jurídica, y (ii) los diferentes sentidos del escrito que contiene el supuesto de hecho y la consecuencia, esto es, norma (Alchourrón y Bulygin, 2002), para afirmar que la tarea del operador jurídico no es únicamente encontrar la disposición jurídica que cobija al caso concreto y darle la solución que ella determina, sino desarrollar una actividad que se compone de una parte cognoscitiva y de otra volitiva.

En palabras de la Corte Constitucional, las disposiciones son "simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados. De allí que de una misma disposición, sea constitucional o legal, pueden derivarse numerosas normas, esto es, mandatos, prohibiciones o permisiones. Así, mientras el primero es el objeto a interpretar, las segundas constituyen el resultado de tal labor" (sentencia C-335 de 2008)⁷. Entonces, ante la variedad de normas que se pueden desprender de una disposición, realmente lo que hace

6 A efectos de conocer la estructura de las sentencias y la forma como vinculan cada una de sus partes, esto es, *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *decisum*, pueden consultarse las sentencias SU-047 de 1999, C-836 de 2001, T-292 de 2006 y C-335 de 2008.

7 En este mismo sentido, Guastini ha manifestado que, la interpretación es el proceso que conduce de los enunciados al significado, así que en la labor de interpretación lo que corresponde es identificar significados y no textos a aplicar, de tal manera que los juristas, los jueces, los funcionarios administrativos, los abogados, no utilizan en sus razonamientos las disposiciones jurídicas, sino sus significados previamente determinados mediante la interpretación (Guastini, 2008).

el operador jurídico es (i) descubrir los diferentes significados de la disposición, es decir, las normas (parte cognoscitiva), y (ii) escoger, entre esa variedad de contenidos normativos, aquel que sin atender contra el ordenamiento vigente le permita solucionar el caso concreto (parte volitiva).

Así, se pone en evidencia que la 'aplicación del derecho es una labor de alta complejidad y que puede llevar a resultados contradictorios, incluso en presencia de los mismos supuestos fácticos, como quiera que la solución de un caso concreto no está unívocamente definida en cada uno de los elementos estructurales que integran una disposición jurídica, generándose un margen de creación para el operador jurídico en relación con la premisa mayor a la cual se ha de subsumir el supuesto de hecho. Inclusive en la conformación del supuesto de hecho existe un margen de creación, pues el operador jurídico selecciona los hechos que considera relevantes del asunto bajo estudio.

Ahora bien, como lo ha enseñado la teoría normativa contemporánea, un ordenamiento jurídico está integrado por disposiciones que cuentan con texturas diferentes. Hay disposiciones con un diseño estructural más abierto que otras, que las hace más flexibles que otras y su diferenciación desde este punto de vista permite clasificarlas en valores, principios y reglas⁸.

Los valores constituyen el contenido axiológico de un ordenamiento jurídico y determinan su finalidad, tienen carácter vinculante y deben ser desarrollados por el legislador; no obstante, en el caso colombiano, los jueces los han interpretado, les han dado sentido y han extraído de ellos los principios y las reglas que permiten solucionar casos concretos. Los principios, a pesar de caracterizarse por un alto grado de generalidad, son menos

abstractos que los valores, así que su concreción es más reducida, se aplican directamente y con menor carga argumentativa que los valores y a partir de ellos "se infieren deberes de conducta o ámbitos de inmunidad personal o institucional". Por su parte, las reglas son proposiciones jurídicas que definen de una forma un poco más clara las obligaciones, prohibiciones y permisiones (Lancheros, Mantilla, Pulido, Rincón, Suárez, 2010).

Visto el grado de apertura, indeterminación, abstracción o flexibilidad de las disposiciones jurídicas a la luz de las anteriores categorías conceptuales, se puede afirmar que a mayor abstracción, existe mayor libertad de los operadores jurídicos de crear la regla que permita la concreción de la disposición —que dé sentido a la disposición jurídica—, esto es, crear la premisa mayor que permita la subsunción del supuesto de hecho a esa nueva regla y, por ende, la solución del caso concreto.

Bajo este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la Constitución es el cuerpo normativo que contiene más disposiciones de textura abierta —los valores y los principios—, en comparación con las leyes y los reglamentos.

Así, la labor del operador jurídico respecto del texto constitucional se torna más creativa, pues de un valor o de un principio no se deriva *per se* 'la' consecuencia jurídica que señale la solución del caso concreto, con lo cual se genera la necesidad de crear una regla a partir del (de los) valor (es) o principio (s) en tensión, perfilándola conforme al supuesto de hecho bajo estudio. Dicho de otra forma, como quiera de un valor o de un principio no es posible obtener la solución del caso concreto, corresponde al operador jurídico crear la regla, siempre que la misma no se encuentre definida en forma expresa en el ordenamiento.

Incluso en las reglas expresas en el ordenamiento —haciéndose referencia a las leyes y a los

8 Sobre la clasificación de las disposiciones jurídicas en valores, principios y reglas, puede consultarse Ronald Dworkin, 2002.



reglamentos— siguen existiendo indeterminaciones⁹ que también dan lugar a la creación de reglas por parte del operador jurídico, y ello a causa de problemas lingüísticos relacionados con las imprecisiones del lenguaje que conlleva que las palabras y las frases tengan varios significados por las ambigüedades y vaguedades que puedan contener, y de problemas lógicos relacionados con las contradicciones y lagunas normativas (Bayón, 1997; Ródenas, 2001).

Así, ante la imposibilidad de conocer por adelantado cómo los operadores jurídicos van a encontrar y a describir los hechos del caso y qué hechos del caso van a considerarse relevantes, además de la imposibilidad de preverlos todos (Laporta, 2007), sumado a la difícil tarea de limitar las acepciones de un término dentro de una frase, es inevitable que sea el operador jurídico quien, tratando de dar solución al caso concreto, establezca la regla a aplicar, que por lo general no se encuentra en la disposición jurídica sino en la norma que se obtiene a partir de ella, lo que pone en evidencia un alto grado de libertad en el operador al momento de determinar la regla y, en consecuencia, una falta de previsibilidad en cuanto a la forma como se ha de aplicar el derecho.

REGLAS EN CUANTO A LA SUJECCIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE LOS PARTICULARES A LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES

La existencia en el sistema normativo colombiano del derecho a la igualdad real y efectiva de todas las personas ante la ley, que hace exigible a las autoridades la misma protección y el mismo trato (artículo 13 de la Constitución), ha llevado a que la Corte Constitucional formule reglas en re-

lación con la aplicación uniforme del derecho de creación judicial a través del precedente¹⁰, por el cual se le atribuye fuerza vinculante al criterio con el que la misma Corte u otro alto tribunal ha resuelto con anterioridad los casos iguales al que se esté presentando.

En virtud de lo anterior, resulta razonable exigir de los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, una justificación suficiente y adecuada en su decisión, pues de lo contrario estarían infringiendo el principio de igualdad (sentencias T-123 de 1995; C-836 de 2001 y T-698 de 2004).

Tal como lo afirmara De Otto (2008), en los sistemas normativos de *statute law*, el derecho que ya ha sido aplicado por los jueces está integrado por estatutos recubiertos de sentencias a través de las cuales se han resuelto casos que se estudiaron a partir de las disposiciones jurídicas primigenias, creando las reglas de su aplicación futura y así es que ha de tener vigencia y eficacia todo el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, en cuanto a la autonomía judicial, debe señalarse que ésta no es absoluta, su limitación obedece a criterios objetivos que tienen por finalidad armonizar el principio constitucional que exige un trato igualitario para todos los asociados, con la autonomía interpretativa del juez, criterios que fueron identificados y posteriormente decantados por la Corte Constitucional a través de las sentencias T-001 de 1999, T-800 de 1999, C-836 de 2001, SU-120 de 2003, T-688 de 2003, T-698 de 2004 y T-571 de 2007:

10 Tal como lo ha hecho la Corte Constitucional, debe hacerse una distinción entre el precedente vertical y el precedente horizontal. Para tales efectos, se sugiere tener en cuenta las sentencias T-688 de 2003, T-698 de 2004 y C-571 de 2007.

9 Respecto de los problemas de la indeterminación del derecho, puede consultarse Aguiló, 2000.

- I. El juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta.
- II. El tribunal de casación, en ejercicio de su labor de unificación, puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto y fijar una doctrina que podrá convertirse en un precedente a seguir.
- III. Este precedente puede ser aceptado o rechazado por el juez de instancia, pero no podrá apartarse de él en forma arbitraria en casos que se consideren iguales.
- IV. Además del precedente, existen otros criterios que limitan la autonomía, tales como la racionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad, que exigen de las providencias judiciales fundamentos compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico.
- V. La supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución), que exige una interpretación judicial conforme con la Constitución garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

A la luz de lo expuesto, puede constatarse la existencia de reglas para la aplicación de los precedentes judiciales que la misma Corte Constitucional se ha encargado de perfilar, reglas que en la actualidad no solamente son exigibles a los jueces y tribunales colombianos, sino a todos los operadores jurídicos (particulares que cumplan funciones públicas y servidores públicos) que deban dar una solución jurídica a un caso concreto:

- I. Ningún operador jurídico podrá aplicar una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en el delito de prevaricato por acción, por violación directa del artículo 243 de la Constitución (sentencias T-355 de 2007, T-356 de 2007, C-335 de 2008).
- II. Ningún operador jurídico podrá recurrir a la excepción de inconstitucionalidad cuando tenga que aplicar una norma declarada executable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en el delito de prevaricato por acción, por violación directa del artículo 243 de la Constitución (sentencia C-335 de 2008).
- III. Ningún operador jurídico podrá darle una interpretación distinta a una norma legal que ha sido declarada condicionalmente executable, de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Constitución, "siendo vinculantes en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*", so pena de incurrir en el delito de prevaricato por acción, por violación directa del artículo 243 de la Constitución¹¹ (sentencia C-335 de 2008).
- IV. Ningún operador jurídico podrá ir en contra de la interpretación o alcance de los derechos fundamentales que ha determinado la Corte Constitucional en las sentencias producto de revisiones de tutela, so pena de incurrir en el delito de prevaricato por acción, por violación directa del artículo 243 de la Constitución (sentencia 335 de 2008).
- V. Ningún operador jurídico podrá apartarse de la jurisprudencia sentada por las altas cortes en los casos en que se presenta una subsun-

11 No obstante, existen sendas críticas en relación con esta competencia de la Corte Constitucional, pues si bien la Corte puede declarar que una de las posibles normas que provienen de la misma disposición jurídica es conforme a la Constitución, se considera que no tiene la competencia para determinar que sólo una interpretación (la regla por ella creada) es la que resulta válida frente a la Constitución.



ción, so pena de incurrir en el delito de prevaricato por acción, por violación directa de la ley (sentencia 335 de 2008).

- VI. Ningún operador jurídico podrá apartarse de la jurisprudencia reiterada de las altas cortes en la que se “ha acordado un sentido claro y unívoco de la ‘ley’”, en los términos del artículo 413 del Código Penal (sentencia C-335 de 2008).

En todo caso, a efectos de la protección del principio de igualdad y reconociendo que los precedentes judiciales no son inamovibles, cuando un operador jurídico decida apartarse del precedente fijado por las altas cortes, y su decisión involucre hechos similares deberá sustentar en forma suficiente y razonada el motivo que lo lleva a apartarse o a modificar una posición jurisprudencial (sentencias T-123 de 1995; T-321 de 1998; SU-047 de 1999; C-836 de 2001; T-698 de 2004 y C-335 de 2008).

Ahora bien, en diferentes disposiciones jurídicas se han establecido reglas en relación con la aplicación uniforme de la jurisprudencia:

La primera de ellas fue el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, según la cual en caso de duda —es decir, en caso de que una disposición contara con zonas grises—, los jueces aplicarían la doctrina legal más probable, que se constituía por “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho”. Posteriormente, con la Ley 105 de 1890 se especificaron los casos respecto de los cuales habría de aplicarse la interpretación de las disposiciones que hubiere realizado la Corte Suprema de Justicia y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal (artículo 353) y, finalmente, a través del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, se estableció la regla vigente en cuanto a la doctrina legal creada por la Corte Suprema de Justicia.

Otra regla de aplicación uniforme de la jurisprudencia de las altas cortes, para el caso específico de la del Consejo de Estado, se encuentra en la reciente Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 10 se dispuso que las autoridades al momento de resolver los asuntos de su competencia aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, teniendo en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Si bien puede afirmarse que esta disposición tiene un alcance similar a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, esta última es un tanto más conflictiva. Una de las posibles normas que se derivan de ella puede ser que las autoridades a que se refiere dicho Código deberán aplicar la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, aun cuando haya precedente de la Corte Constitucional sobre el mismo asunto y que establezca una norma contraria o diferente a la del Consejo de Estado.

¿Qué pasaría si esa autoridad se enfrenta a la aplicación de una disposición jurídica ‘revestida’ de un precedente del Consejo de Estado que difiere de un precedente sentado por la Corte Constitucional? ¿Debe necesariamente preferir la interpretación del Consejo de Estado?

¿De tener que preferir la del Consejo de Estado, que pasaría con los casos que se resuelvan con el precedente de la Corte Constitucional? ¿Dónde quedaría la pretensión del trato igualitario y de previsibilidad del derecho bajo supuestos fácticos iguales?

¿Se está estableciendo, vía legal, que aun con la interpretación realizada mediante sentencia

de constitucionalidad condicionada por la Corte Constitucional, prevalece en estos casos otra interpretación concebida por medio de precedente del Consejo de Estado?

Podría pensarse que esta nueva disposición jurídica debe armonizarse con las reglas de precedente judicial que ya ha creado la Corte Constitucional, pero ¿cómo debe darse esta armonización?

Dar respuestas en este momento sería algo apresurado que llevaría un poco a la especulación, habría que esperar a que realmente se presenten casos bajo esas circunstancias para estudiar la forma como han de responder las autoridades y en últimas saber cuál sería la eficacia del principio de legalidad en esos términos.

Finalmente, cabe señalar que además de la doctrina probable de las sentencias de las altas cortes, con la expedición de la Ley 1340 de 2009, esta figura jurídica que pretende la igualdad en la aplicación del derecho y una mayor previsibilidad de los resultados de un caso concreto fue llevada a instancias administrativas. A través de su artículo 24 se determinó la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerza la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección a la libre competencia y vigilancia administrativa de la competencia desleal.

Con esta forma de doctrina probable se da una vinculación más formal al precedente administrativo —que no está prohibida por la Constitución—, que se desarrolla de cara a los principios superiores de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Así, se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada. Sin embargo, como sucede con el sistema de precedente, la administración se puede apartar de la doctrina

motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas (sentencia C-537 de 2010).

CONCLUSIONES

Todo lo anterior nos muestra una transición de un sistema jurídico de “origen romanista, legislativo y de tradición continental europea” (sentencia C-335 de 2008), que deja a un lado la rígida separación entre la competencia de crear derecho por el órgano legislativo y la función de aplicar derecho, para abrir paso a un sistema de precedentes que (i) ayuda a dar coherencia al ordenamiento en aras de la eficacia del principio de igualdad; (ii) permite un mayor grado de previsibilidad de la solución a un caso concreto que se caracterice por la semejanza de los supuestos de hecho, en relación con un caso anterior, en aras de la eficacia de la seguridad jurídica; y (iii) conlleva la eficacia de los derechos que se desprenden de los valores y principios constitucionales pues ante su textura tan abierta e indeterminada, es necesario contar con las reglas creadas por el fallador, que son las que llenan de contenido y a la vez limitan esas disposiciones superiores.

Es así como la concepción del principio de legalidad ya no puede ser vista solamente como el acatamiento a la Constitución y a la ley (leyes, reglamentos y demás fuentes formales de derecho), sino también como el acatamiento al precedente que se ha encargado caso a caso de decantar el sentido y significado de las diferentes disposiciones jurídicas que rigen tanto la actividad de los servidores públicos como de los particulares, pues solamente contando con reglas se puede establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la implementación de un sistema de precedentes



que complementa y ayuda a definir el sistema normativo colombiano por sí solo no es suficiente para asegurar la eficacia del principio de legalidad. Además de las dificultades que genera la interpretación de algo que es propiamente una interpretación —lo cual supone la determinación de la regla jurisprudencial a aplicar—, debe sumarse una dificultad que ya ha sido señalada por la Corte Constitucional y es la relacionada con la inexistencia de compilaciones actualizadas y aseguibles a todas las personas de la jurisprudencia de las altas cortes (sentencia C-335 de 2008), a lo cual se le debe agregar una falta de sistematización de las reglas jurisprudenciales que permita ver el ‘movimiento’ de las mismas, si se mantienen, o si sobre ellas ha operado un *overruling*, o si han perdido vigencia.

Es así como se afirma que la sujeción de los ciudadanos y de los servidores públicos a la Constitución y a la ley, establecida en el artículo 6 de la Constitución, unida a la labor de las altas cortes como unificadoras de la aplicación del derecho y ante el carácter de “legisladores negativos” de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en la forma ya expuesta, se determina una exigencia específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales, que se concreta por un lado en que además de la obligación formal de notificar y publicar las sentencias, exista una obligación material de dar mayor accesibilidad y difusión pública y en forma sistemática del precedente jurisprudencial de las altas cortes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

aguiló J. (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.

Alchourrón C. y Bulygin E. (2002). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Fontamara.

Bayón J. (1997). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 13, 87-117.

De Otto I. (2008). *Derecho constitucional sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

Dworkin R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Guastini R. (2008). Una teoría cognoscitiva de la interpretación jurídica. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, 29, 15-32.

Lancheros J., Mantilla M, Pulido F, Rincón R. y Suárez I. (2010). *Serie hoja de ruta. Trámite legislativo ordinario*. Lancheros J. (Coord.). Bogotá: Fundación Derecho Justo, Fundación Konrad Adenauer.

Laporta F. (2007). *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta.

Pulido F. (2008). *Indeterminación del derecho y la Sentencia C-083-1995*. Visto el 10 de agosto de 2011 en: http://www.derechojusto.org/images/stories/Publicaciones/indeterminacion_del_derecho_y_la_sentencia_c-083-1995.pdf.

Ródenas A. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 36-84.



• CAPÍTULO III •

DERECHOS CONSTITUCIONALES Y GARANTÍAS

- ■ ■ ■ ■ La eficacia de los derechos constitucionales y el impacto de la acción de tutela
- ■ ■ ■ ■ Exigibilidad inmediata de los derechos sociales, protección y consecuencias económicas
- ■ ■ ■ ■ Minorías, derechos y desarrollo: vanidad constitucional y otras realidades
- ■ ■ ■ ■ Constitución Ecológica: veinte años de construcción de un nuevo modelo
- ■ ■ ■ ■ El estado de cosas de inconstitucionalidad

Alfonso Palacios Torres

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España. Doctor en Derecho Público y Filosofía jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Actualmente se desempeña como profesor investigador del Departamento de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y como abogado asesor y consultor privado. Autor de varios artículos en revistas jurídicas especializadas: “Reserva legal en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano”, “Orden democrático, procesos decisorio y planeación de las actividades en las cámaras legislativas”, entre otros.



La eficacia de los derechos constitucionales y el impacto de la acción de tutela

Por: Alfonso Palacios Torres

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito plantear la visión del autor respecto del significado que han tenido los derechos fundamentales y su mecanismo de protección estrella, la acción de tutela, dentro de la vida jurídica colombiana a partir de su implementación en 1991.

Agradezco a la Konrad Adenauer Stiftung el haber considerado pertinente mi participación en esta obra conjunta y, sinceramente, espero que mi aporte represente alguna utilidad en la reflexión que, por motivo de los primeros veinte años de vigencia de nuestra Constitución, se ha emprendido respecto de su estructura, sus principales elementos, las consecuencias más destacadas tras su implementación y las perspectivas de modificación o desarrollo de la misma.

Sea lo primero aclarar que en este artículo comparto algunas ideas propias, y que por lo tanto no representan opinión distinta a la mía, que han surgido tras dieciséis años de trabajar en derecho constitucional, primero como investigador universitario en la Universidad Externado de Colombia, como doctorando en la Universidad

Autónoma de Madrid en España, como docente del Externado luego de finalizar mis estudios doctorales, como abogado consultor en temas constitucionales y como Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional. Campos que me han permitido participar de la perspectiva académica, profesional y judicial en temas esenciales del derecho constitucional y, cómo no, de nuestra Carta Política de 1991.

El comentar mi experiencia no tiene un propósito distinto que justificar la elección de no realizar un artículo con elaborados planteamientos teóricos, de rimbombantes citas cuyas reflexiones contarán con el respaldo de doctriantes reconocidos en el mundo jurídico; el ánimo principal se reduce a comentar -sin el uso de pies de página, citas o referencias bibliográficas, pero de forma que espero sea algo organizada- una idea que desde hace algún tiempo surgió y que no se ha borrado de la neblina de la memoria porque me parece especialísima y fascinante dentro del sistema jurídico colombiano: la influencia que tiene el mecanismo jurisdiccional de protección en la construcción o determinación del concepto de derechos fundamentales en la práctica jurídica colombiana. Es decir, la gran influencia que ha tenido la acción de

tutela en la construcción y determinación del concepto de derechos fundamentales y su influencia en la implementación que el mismo tiene dentro de la vida jurídica colombiana.

Lo que llama la atención del autor, y que constituye la hipótesis que espero presentar de forma justificada a lo largo de este escrito, es que en este caso el mecanismo procesal terminó siendo determinante en la definición del objeto de protección—los derechos fundamentales— y, *contrario sensu*, no un simple instrumento de protección o aplicación de los mismos.

Esta hipótesis parte de que el concepto de derechos fundamentales es un concepto mutante en el ordenamiento colombiano, en el sentido que el mismo ha sido desarrollado por los operadores jurídicos con el principal objetivo de alcanzar su fin sustancial, cual es garantizar situaciones de dignidad material para los titulares de los derechos. En este proceso, la acción de tutela ha tenido un papel primordial, en razón a que permite el desarrollo de jurisprudencia que aplica los derechos fundamentales a situaciones reales, ordinarias, cotidianas y, sobre todo, representativas del Estado existente en la implementación de dichos derechos fundamentales en la sociedad colombiana. De este modo, a partir de 1991 el concepto de derechos fundamentales se ha construido con ayuda de pilares teóricos, pero con una innegable y determinante esencia de realidad, que lo enriquece y lo llena de matices que acaban delineando el contorno de lo que en cada situación es un derecho fundamental.

Con esta visión es que se abordarán los diferentes apartados de este artículo, que cuenta con dos grandes partes: i) un análisis sobre el concepto de derechos fundamentales; seguido de ii) una reflexión sobre las consecuencias que el sistema judicial de protección por vía de tutela tiene para el sistema jurídico colombiano.

Sin mayor preámbulo y con una hoja de ruta que espero sea clara, inicio la reflexión propuesta en los párrafos anteriores.

LA EVOLUCIÓN EN EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La evolución del concepto de derechos fundamentales tiene múltiples aristas y, por consiguiente, perspectivas a través de las cuales puede ser estudiada. Por las limitaciones de espacio y, también en parte, de capacidades del autor de este artículo, de dicha evolución se tomarán dos aspectos que se consideran axiales y, además, realmente representativos de la misma: i) el contenido de los derechos fundamentales; y ii) las fuentes de los mismos en el ordenamiento colombiano, aspectos que se estudiarán a continuación.

La 'plastilina' del ordenamiento jurídico: adaptabilidad del contenido de derechos y garantías fundamentales

El concepto de derechos fundamentales cambió radicalmente a partir de la entrada en vigor del régimen constitucional creado en 1991. Su implementación fue concebida como la punta del iceberg de un sistema de protección jurídica basado en una gran practicidad, agilidad y eficacia en la garantía proporcionada.

La actual concepción de los derechos fundamentales proviene de la evolución de ideas planteadas por los operadores actuantes en nuestro sistema jurídico, con especial relevancia de la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia de tutela. En efecto, esta visión amplia y liberal del objeto de protección del sistema jurídico denota una concepción de la persona como centro o protagonista del Estado constitucional instaurado a partir de 1991, que está en plena consonancia con



una interpretación, concreción y aplicación de los derechos fundamentales que busca brindar protección sustancial al principio de dignidad humana, haciéndose tributaria del objetivo planteado por dicho Estado constitucional.

Los efectos de una visión sustancial de los derechos fundamentales pueden evaluarse desde distintas perspectivas. Interesa resaltar ahora que el desarrollo de esta visión comporta consecuencias por lo menos en dos aspectos: i) en el contenido de los derechos; ii) en el factor para determinar cuáles son.

Respecto del primer aspecto ha de decirse que, al ser los derechos fundamentales preceptos constitucionales con estructura de principios, su contenido no está enteramente definido de forma *a priori*, sino que será su implementación en las situaciones concretas la que determine los contornos de aplicación. En este sentido, a partir del enunciado de la Constitución es difícil imaginar la extensión y profundidad de cada derecho fundamental, sobre todo en casos en que colisionan con otros derechos y deben obtenerse soluciones fruto de ejercicio de armonización en concreto, en los que se apliquen criterios de proporcionalidad entre ellos. Por esta razón la forma en cómo cada derecho sea entendido por los operadores jurídicos tiene un alto porcentaje en el concepto que, finalmente, se tiene de un derecho fundamental. No se quiere decir con esto que la definición del contenido de los derechos fundamentales haya sido una cuestión de naturaleza política producto de la discrecionalidad de quienes deben aplicarlos en el ordenamiento jurídico colombiano, pues dicha valoración siempre se ha realizado con estrictos lineamientos jurídicos. Se quiere resaltar algo más importante: en un Estado que aspira alcanzar situaciones de justicia material al garantizar derechos fundamentales, únicamente a través de la implementación del concepto de cada derecho en situaciones concretas, en las que se valoren todos los aspectos que la realidad invo-

luca, será viable detallar el contenido preciso del derecho para el sistema jurídico que lo aplica, en este caso, el colombiano.

Esta es la forma que el funcionamiento de nuestro sistema jurídico ha determinado como la más adecuada para establecer el contenido de un derecho. En este sentido, si bien se ha echado mano de teorías de la interpretación y la argumentación jurídicas, me atrevería a afirmar que los criterios de moralidad, filosofía del derecho e, incluso, justicia política que determinan los parámetros del concepto de lo justo que tiene cada operador, han jugado un papel nada despreciable en el concepto de cada derecho fundamental.

La realidad antes comentada arroja una conclusión nada superflua para los objetivos de un Estado constitucional: que en el ordenamiento colombiano no pueda determinarse de forma general y absoluta el contenido o, más gráficamente, los contornos de protección de cada derecho fundamental; ni, incluso, como se profundizará en el siguiente apartado, definir *a priori* cuáles son los derechos fundamentales. Y que, en consecuencia, sea la necesidad de garantizar una protección sustancial para las situaciones reales, ricas en matices y particularidades, un factor primordial en la construcción del principio de decisión judicial y administrativo en la práctica jurídica colombiana.

Así mismo, consecuencia de esta situación, la cotidianización del concepto de derechos fundamentales se aprecia como una situación acorde y esperada dentro de un Estado constitucional como el colombiano. Cotidianización que no expresa asunto diferente a la asunción del concepto de derechos fundamentales como garantías presentes en el día a día de las personas comunes y corrientes, que interactúan en situaciones ordinarias y que precisan de la normal protección que una persona debe gozar en un Estado constitucional. Propósito para el cual ha contribuido, de

manera determinante, la previsión por parte del constituyente de un mecanismo de protección exclusivo para estos derechos: la acción de tutela, aspecto que será desarrollado cuando se haga referencia a las consecuencias de la acción de tutela; baste ahora decir que la misma representa un cambio de cultura radical, que hace un poco más real el objetivo de que funcione adecuadamente el Estado de Derecho en su versión de Estado constitucional que se pretende realizar a partir de la Constitución de 1991.

Esta concepción se complementa con un amplio abanico de posibilidades dentro del ordenamiento jurídico para la deducción de derechos fundamentales, como a continuación se profundizará.

Fuentes de derechos fundamentales: variedad que garantiza su efectividad

Una de las consecuencias de mayor impacto que se derivan de una visión de los derechos fundamentales como la mencionada, es —además de la adaptabilidad de su contenido en pos del objetivo de fomentar situaciones acorde con el principio de justicia material— que la jurisprudencia de la Corte Constitucional haya concluido que sus fuentes no se limitan a la consagración expresa en el texto constitucional (fundamento de interpretación gramatical), sino que entre las mismas se cuentan aquellas que surgen de criterios *pro libertatis* de interpretación, siempre con miras a asegurar la adecuada protección del principio de dignidad humana.

Para lograr este objetivo, en primer lugar, se estructuró como un objeto de protección —de los derechos fundamentales— suficientemente amplio para generar un sistema sustancial de garantías, que resultó un concepto complejo dentro de la Constitución. En este sentido, y desde el punto de vista de su origen, se ha entendido nutrido por

diversas fuentes, que pueden enumerarse como i) un amplio catálogo de derechos expresamente consagrados como fundamentales; ii) la inclusión en tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano; iii) aquellos que no estando consagrados como fundamentales en el texto constitucional, fueran manifestación directa de libertades o garantías inherentes a la persona, como es el caso de algunos derechos consagrados en el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales; y, finalmente, iv) la deducción (que no creación) por parte del juez constitucional con base en el principio de dignidad humana, consagrado en el artículo 94 del texto constitucional —derechos innominados—.

Estos últimos son el mejor ejemplo de concreción del principio de justicia material que ha inspirado la implementación del concepto de derechos fundamentales en el ordenamiento colombiano. En efecto, los derechos innominados surgen de la idea de brindar una protección específica en situaciones que, si bien podrían entenderse cobijadas por otros derechos, se hace necesario resaltar como de especial atención o significación para el Estado social colombiano.

No es otro el fundamento de derechos fundamentales como, entre otros, i) el derecho de seguridad personal —Auto 200 de 2007; sentencias T-496 de 2008, T-1101 de 2008 y T-339 de 2010—; ii) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo —sentencias T-388 de 2009 y T-585 de 2010—; iii) el derecho a la consulta previa a comunidades indígenas o tribales —sentencias SU-039 de 2007, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-619 de 2009 y T-129 de 2001—; y, iv) el derecho al mínimo vital —sentencias T-714 de 1996, T-264 de 1998, T-1095 de 2004, T-359 de 2009 y T-007 de 2010.

De esta forma el concepto de derechos fundamentales presenta características muy definidas dentro del ordenamiento jurídico co-



colombiano: amplia variedad de fuentes y la gran adaptabilidad en pos de un objetivo acorde con el ordenamiento constitucional: el principio de dignidad humana.

A parte de la eficacia que se ha dado al objeto de protección, es importante resaltar otro aspecto importante dentro de nuestro ordenamiento jurídico: los efectos que el mecanismo especialísimo de protección ha traído al sistema jurídico colombiano. En este sentido, el siguiente aparte desarrollará una idea en la que predomine una perspectiva democrática de la acción de tutela.

ACCIÓN DE TUTELA: EL 'CUARTO DE MÁQUINAS' DEL SISTEMA IUSFUNDAMENTAL EN EL ESTADO COLOMBIANO

Desde el punto de vista de política de administración de justicia, a un catálogo semejante de libertades le era axial una estructura institucional de protección que avalara los objetivos plasmados en el régimen constitucional. Dicha estructura está conformada por todos los órganos del Estado que diseñan, ejecutan y vigilan la aplicación de las políticas públicas de protección y efectivización de los derechos fundamentales; importa destacar que parte fundamental de esta protección, específicamente en el punto de su efectiva aplicación, la integran todos los jueces del Estado, es decir todos aquellos que desde la perspectiva orgánica hacen parte de la rama judicial, los cuales resuelven en primera y segunda instancia las acciones que se presenten por parte de los ciudadanos.

Elemento esencial de este mecanismo de protecciones *iusfundamentales* lo constituyen las acciones judiciales que el ordenamiento pone al servicio de los ciudadanos, los cuales constituyen los mecanismos que de ordinario tienen las personas para reclamar del Estado la protección de sus derechos en casos específicos en que le han sido

vulnerados. Precisamente, dentro de este conjunto de instrumentos de defensa jurídica es que se enmarca la acción de tutela, que en principio fue concebida como un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, que serviría como auxilio a casos en los que la protección judicial no fuere idónea o eficaz para salvaguardar un determinado derecho.

Sin embargo, 20 años después la acción de tutela, lejos de ser un mecanismo de protección accesorio, se configura como la acción de importancia protagónica en la protección de derechos fundamentales. Tratar de fundamentar esta conclusión será el objetivo que hile la estructura de este aparte. Espero superar el lugar común que adjudica a la tutela las características de ser un mecanismo expedito y dinámico en la protección de derechos fundamentales, pues, aunque es una razón cierta, las implicaciones en un sistema de protección de derechos coronado por una acción como la tutela al estilo colombiano, resulta una experiencia jurídica que modifica estructuralmente la protección de derechos fundamentales en el contexto jurídico donde sea implementada.

Son tres las apreciaciones que quiero resaltar como consecuencias de la tutela en el sistema jurídico colombiano:

1. La acción de tutela conllevó a cotidianizar el concepto de derechos fundamentales, rompiendo con aquel de derechos fundamentales exclusivamente como figuras o conceptos académicos y, en contrario, conectándolos con las acciones que día a día desarrollan las personas de una sociedad como la colombiana.
2. La posibilidad de que toda persona presente una acción de tutela ante un juez que, en pos de la protección de un derecho fundamental, cuenta con un abanico muy amplio

de posibilidades para transformar la realidad, incluso por medio del rediseño y evaluación del cumplimiento de políticas públicas, crea automáticamente lo que denomino “foro igualitario de deliberación”, entendido como una esfera de decisión que no será del dominio de la mayoría, sino que, por el contrario, será un lugar donde se debata —analice—, sin el apasionamiento político, la protección debida en lo que respecta a derechos fundamentales.

3. La estructura de decisión de la acción de tutela hace que todos los jueces de la república estén vinculados por la doctrina de la Corte Constitucional en lo que refiere a la protección de derechos fundamentales, lo que garantiza igualdad en la aplicación y, con el paso del tiempo, permeabilidad de la estructura judicial a la idea de derechos fundamentales.

Paso a explicar brevemente cada una de estas benéficas consecuencias de la acción de tutela en el ordenamiento colombiano.

Derechos fundamentales como derechos para esta vida

A partir de la facilidad y el carácter público de la acción de tutela se integró el concepto de derechos fundamentales a la vida ordinaria de las personas integrantes de una sociedad.

En efecto, esta idea se construye a partir de diferentes elementos. Un primer factor, que resulta fundamental en el éxito de la acción de tutela, es su carácter público, es decir, la posibilidad de que cualquier persona pueda interponerla, sin la más mínima necesidad de asesorarse de un abogado. Esta característica que, como pocas cosas en el derecho, coincide con la realidad, ha dado como resultado que se presenten tutelas por parte de

los directamente interesados, incrementando el número de ellas y, por ello mismo, las situaciones cotidianas en que se solicita protección al juez de tutela respecto de una supuesta vulneración de un derecho fundamental.

Así, con la facilidad que inspira la acción de tutela, se han introducido la perspectiva *iusfundamental* en las más variadas situaciones de la vida ordinaria de las personas.

La facilidad procesal significa una garantía sustancial para el desarrollo de la acción de tutela como mecanismo de protección, en cuanto se convierte en un mecanismo coherente con una visión cotidiana de los derechos. Los que nacimos y vivimos nuestra infancia y adolescencia antes de entrar en vigor la Constitución de 1991 y, por consiguiente, antes de que la tutela fuera elemento dinamizador del mundo jurídico recordamos que la idea de derechos fundamentales se reducía a casos de masacres, atentados terroristas y delitos cometidos en un conflicto distante o cercano. Puede que haya distintas percepciones, pero esa, al menos, es una de ellas. En los 80 el concepto de democracia no se colaba por las rendijas del día a día, sino que era parte de algo más grande que un día ordinario, nada tenía que ver con injusticias en el colegio, ni limitaba la omnipotente autoridad de las entidades que prestaban el servicio de salud, de las compañías de servicios públicos, ni mucho menos la interpretación formal de múltiples contratos laborales a término fijo que abandonaban a su suerte a una futura madre.

Los derechos fundamentales pasaban en otro sitio, mucho más sublime, institucional y perenne, No se gastaban en relaciones de simples personas, sino que atendían fines trascendentes.

La facilidad procesal y un entendimiento garantista y sustancial de la acción de tutela democratizaron la idea de derechos fundamentales.



Democratización que no debe limitarse al ya importante hecho de su popularización, de hacerlos para la gente —y no para el Estado institucional—; democratización que implica una apertura del diálogo, fundamental para la civilidad, respecto de qué eran los derechos fundamentales, respecto de qué era el derecho al servicio de salud, respecto de qué era el derecho al libre desarrollo de la personalidad, respecto de qué implicaba la prohibición de discriminación por motivos de, entre otros, género o raza o religión, etc. Diálogo en el que se permitía participar al titular con algo tan vital y enriquecedor como su experiencia, la forma en que consideraba desconocido el derecho, la forma en que se manifestaban las amenazas y las vulneraciones en una realidad muchas veces inimaginable en su amplitud y variedad para el académico, el político o el juez que fallaba en abstracto.

Este es el diálogo que la tutela permitió, permite y permitirá; una construcción conjunta que mezcla realidad, interpretación constitucional y argumentación institucional, principal pero no exclusivamente judicial. Y este es, precisamente, el primer gran aporte de la acción de tutela: el aporte del elemento cotidiano a la construcción del concepto de derechos fundamentales, que en este contexto se realiza de forma deliberativa e incluyente.

Veinte años después estudiantes, trabajadores y trabajadoras, pacientes, pensionados y pensionadas, madres cabeza de familia, discapacitados, reclusos, desplazados, víctimas, funcionarios... en fin, las personas que habitan el territorio colombiano tenemos una visión muy distinta del concepto de derechos fundamentales y, creo, que la acción de tutela —el mecanismo y los fallos proferidos por todos los jueces del territorio nacional— ha contribuido a dicho cambio, de una forma lenta, pero constante y con el detalle necesario para que se haya convertido en elementos

del ADN de nuestro sistema jurídico, asegurando su progreso y asegurando muchos, pero que muchos años de profundización y ampliación en la protección *iusfundamental*.

La acción de tutela: un diálogo de todos

El que un ordenamiento prevea una acción para la protección de derechos fundamentales automáticamente motiva un reacomodamiento de la balanza de poderes y un replanteamiento del papel que cada uno desempeña en la definición de acciones concretas para proteger estos derechos. Esto es así porque a los jueces constitucionales llegarán aquellas peticiones de quienes se han entendido no representados por las leyes o por los resultados que depare la aplicación administrativa de las mismas.

Esto debe explicarse con detenimiento. Aunque ante el juez de tutela acudirá quien considere que no le ha sido bien aplicado el derecho, ya sea su fuente legal o administrativa, no será este el único fundamento de la acción constitucional; generalmente, la persona que considera vulnerados sus derechos fundamentales argumentará que la protección legal o reglamentaria prevista no genera el mínimo requerido de protección *iusfundamental* y que, por consiguiente, las normas que regulan la situación deben inaplicarse en el específico caso. Este será un caso de aplicación directa de las disposiciones constitucionales inaplicando la decisión de regulación que la mayoría del Congreso o que la administración han previsto para el caso en concreto.

La situación descrita no es lo que llama la atención del analista. Lo llamativo es el resultado que desde el punto de vista de la democracia se obtiene a partir de la aplicación de un sistema como este: un escenario deliberativo acerca del concepto y protección de los derechos fundamentales

que no es dominado necesariamente por posturas políticas mayoritarias; el cual resulta accesible a la inmensa mayoría de las personas que integran la sociedad; y en el cual se ordenan acciones concretas a realizar por parte de los poderes públicos que muchas veces modifican o incluso contrarían la postura defendida por las mayorías en el poder.

Un Estado en donde ocurra esto a diario y de forma creciente es un Estado en donde el concepto de democracia es algo más complejo que el de simple democracia representativa o participativa.

Sin profundizar mucho en el tipo de democracia que surge de esta dinámica jurídica y social, ni mucho menos en la polémica de sus posibles implicaciones en el cuerpo social, pero no sin cierto ánimo polémico e idealista, debe resaltarse que la acción de tutela se convierte de esta forma en elemento importante de la nueva visión que debe hacerse del contrato social; no porque a partir de ella se cambie el paradigma de integración en comunidad de los individuos dentro de un Estado, pero sí en el sentido que su aparición renueva la dinámica de diálogo político, no ya para reemplazar a los poderes políticos tradicionales —que siguen siendo los protagonistas de la toma de decisiones políticas—, sino para renovar los canales de decisión que afectan directamente a las personas en asuntos tan trascendentales de su vida como son las libertades y, de especial importancia en un país con recursos limitados y evidentes casos de corrupción, las garantías prestacionales a cargo del Estado, todavía factor fundamental en el camino por garantizar el derecho fundamental al mínimo vital en un Estado con grandes limitaciones en sus niveles de desarrollo humano, incluso en el año 2011.

En este contexto, las decisiones del juez con el objetivo de la aplicación constitucional de derechos fundamentales involucran un componente no despreciable de justicia política, aspecto espe-

cialmente palpable en la realidad colombiana a través de decisiones que contribuyen a consolidar, en casos específicos, manifestaciones concretas del Estado social. Es la experiencia vivida en las salas de selección en que he tomado parte como funcionario de la Corte Constitucional, la que me permite concluir que gran parte de la tarea de la jurisdicción de tutela la constituye la concreción de derechos sociales fundamentales. Existen numerosos casos que resultan emblemáticos para la jurisprudencia constitucional, dentro de los cuales cabe mencionar sentencias que decidieron sobre las condiciones de los presos en las cárceles colombianas —sentencias T-847 y T-1292 de 2000 y T-1030 de 2003—; la protección a los desplazados —sentencia T-025 de 2004 y un sinnúmero de autos de la Corte Constitucional producto del trabajo de una sala dedicada específicamente al seguimiento del cumplimiento a las órdenes dadas por dicha sentencia—; y la reestructuración del cronograma previsto para la ampliación y cobertura del plan obligatorio de salud —sentencia T-760 de 2008—, providencias todas ellas que dejan ver una interpretación garantista, actual y útil de la Constitución, pero además la idea de que las garantías jurisdiccionales de los derechos son un mecanismo efectivo en la eliminación de las injusticias que la dinámica política no alcanza a corregir, especialmente aquellas que son de tal magnitud que afectan la concreción de derechos fundamentales.

“Todos ponen”: la construcción del concepto unificado y conjunto de cada derecho fundamental

Finalmente, un tercer elemento que ha tenido la implementación de la acción de tutela en nuestro ordenamiento puede enunciarse como la construcción de una doctrina institucional en materia de derechos fundamentales. No quiere esto decir que el Estado colombiano se haya apropiado



del concepto de derechos fundamentales y que, consecuentemente, haya creado una posición excluyente respecto de su forma de concreción, alcances y aplicación.

La idea que ahora quiere transmitirse es que la forma en que se organiza la jurisdicción para resolver los casos de tutela tiene como consecuencia que la Corte Constitucional consolide su doctrina sobre el concepto, forma de concreción y límites en casos específicos de los derechos fundamentales, la cual lejos de ser creación del juez constitucional, resulta aplicación de preceptos constitucionales, tratados internacionales ratificados por Colombia y, cómo no, normas legales y reglamentarias que desarrollan contenidos específicos de los derechos fundamentales.

El concepto de derechos fundamentales en un Estado siempre estará compuesto por los esfuerzos en su aplicación y desarrollo que realizan los poderes constituidos a través del diseño, ejecución y balance de políticas públicas que se manifiestan a través de planes, programas y proyectos, ya sea en aspectos que indirectamente involucran derechos fundamentales o de forma directa, en acciones encaminadas a la protección de un específico derecho. Lo resaltante de un sistema de aplicación de derechos que incluya la acción de tutela será que en dicha construcción del concepto de derechos fundamentales la jurisdicción constitucional, y dentro de ella la Corte Constitucional, juega un papel con una importancia inusitada.

En efecto, la Corte Constitucional es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en materia de acciones de tutela, de manera que será la institución que tenga la última palabra en la resolución de los casos de tutela. De esta forma la doctrina de la Corte Constitucional sirve, además de para resolver los casos concretos que llegan a sede de revisión—los cuales son un porcentaje insignifi-

cante respecto del total resuelto en el país—, para crear la doctrina respecto de derechos fundamentales en el Estado colombiano. Se reitera que no es el único órgano que participa en la construcción de dicho concepto; sin embargo, es la institución que tiene la última palabra respecto de casos concretos, que involucran hechos y que, por consiguiente, exigen una solución que tenga en cuenta la riqueza de matices que aporta la realidad.

La doctrina de la Corte Constitucional se nutre de muy distintas fuentes, entre las que se cuentan el contenido derivado de las disposiciones constitucionales, así como también del desarrollo legal y reglamentario que de estos contenidos se ha hecho; y dentro de esta construcción merecen especial mención las decisiones de los jueces que integran la jurisdicción de tutela, los cuales construyen los pilares argumentativos que sirven como insumo, en no pocas ocasiones definitivo, de las decisiones proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en materia de tutela. Así, la solución que la Corte presenta en cada caso resulta el *sumun* del contenido dogmático y del desarrollo e implementación práctica que los poderes políticos y el aparato judicial han determinado hacer en los casos concretos.

Además de la importancia de este concepto para los casos resueltos, el principal efecto de la doctrina de la Corte constitucional es, como ocurre con los órganos de cierre de cada jurisdicción, su carácter vinculante respecto de los demás jueces de tutela, de manera que con base en el principio de igualdad en la resolución de casos análogos y del principio de jerarquía en la conformación de la jurisdicción de tutela, los jueces al resolver acciones de tutela deben aplicar el concepto de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, estando 'obligados' a seguirla en casos análogos a aquellos sometidos a su competencia.

El resultado: un concepto de derechos fundamentales que informa el ejercicio de la actividad administrativa, judicial y, en algunos casos, del sector privado que los aplica en las circunstancias propias del día a día en un país como Colombia.

Así, la existencia de una jurisdicción constitucional que resuelve acciones de tutela trae como consecuencia la existencia de un concepto en gran medida unificado, que tomando elementos de construcción de todas las ramas del poder, se muestra como fruto del diálogo interorgánico en una dinámica deliberativa, en donde todos los actores tienen una voz valiosa al respecto.

CONCLUSIÓN

Al ser un escrito de reflexión sobre la realidad apreciada desde diferentes perspectivas de aproximación, las ideas presentadas resultan conclusiones en los diferentes aspectos abordados.

Baste ahora expresar dos ideas que quedan latentes luego de las reflexiones anotadas.

La primera es que la práctica seguirá aportando las situaciones que sirvan como insumo para la reflexión acerca del concepto de derechos fundamentales, su adaptabilidad o no y, sobre todo, lo adecuado del sistema de protección ideado para su salvaguarda. De manera que la 'fotografía' que se pueda presentar en un momento, no necesariamente responderá a la realidad que se viva en un futuro cercano. Esto que resulta una verdad de perogrullo cuando se hace referencia a fenómenos sociojurídicos, cobra especial valor al evaluar uno que, en mi opinión, cuenta con la realidad a la que se aplica como elemento definitorio de su esencia dentro del sistema jurídico.

Los derechos fundamentales en un sistema como el descrito serán un elemento con una esen-

cia dinámica, que, más que un fenómeno de simple adaptación a una realidad cambiante, constituye uno de los poquísimos casos —si no es que el único— en que un elemento del sistema jurídico es construido por la realidad, siendo los elementos teóricos simples formas de presentación lógica de soluciones fundamentadas en criterios de justicia política, aplicables a personas de carne y hueso a las que les deben ser respetadas garantías esenciales a su dignidad humana.

Esta situación no inspira cosa diferente a una leve esperanza de que, algún día, después de muchas, pero que muchas situaciones de la realidad evaluadas por la jurisdicción de tutela, se tenga un cúmulo de respuestas que hayan generado un mosaico, que visto en perspectiva, permita apreciar un aporte eficaz en el largo camino hacia la protección efectiva de los derechos fundamentales para las personas que se encuentran en el territorio colombiano.

La segunda es que, ante el panorama descrito, no queda otro camino al autor que reconocer la mutación que se presenta en el sistema colombiano de garantías *iusfundamentales*: el paso de considerar la acción de tutela un mecanismo subsidiario, a ser la herramienta principal en la protección de los derechos fundamentales.

Aunque los criterios de procedibilidad de cada acción de tutela obligan a comprobar que no exista otra forma de protección del derecho invocado o que, de existir, ésta no sea idónea o eficaz en el caso concreto, el gran y creciente número de tutelas interpuestas deja percibir el protagonismo que esta acción ha adquirido a lo largo de estos veinte años en la protección de los derechos fundamentales.

Varias ideas podrían extraerse de esta situación, pero, sobre todo, i) el acierto que el constituyente tuvo al crear un mecanismo de solución ex-



pedita y eficaz para las situaciones que involucren afectación a la dignidad humana; ii) el cambio que esto puede implicar en la dinámica y relaciones de los poderes políticos; ii) y, finalmente, la urgente necesidad de serios correctivos en el actuar de la administración pública, para evitar que el mecanismo de corrección se convierta en la punta de lanza de la política pública de garantías *iusfundamentales* es el Estado colombiano.

En este sentido, los beneficios hasta ahora recibidos por la implementación de la acción de tutela, no deben hacernos olvidar el fin que tiene una acción judicial en la protección de derechos fundamentales y, cómo no, la reducida dimensión que ésta (la acción de tutela) debería tener en un Estado con un sistema que garantice de forma eficiente la protección de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Auto 200 de 2007.
Sentencia SU-039 de 2007.
Sentencia SU-383 de 2003.
Sentencia T-025 de 2004.
Sentencia T-1030 de 2003.
Sentencia T-1095 de 2004.
Sentencia T-1101 de 2008.
Sentencia T-129 de 2001.
Sentencia T-1292 de 2000.
Sentencia T-264 de 1998.
Sentencia T-339 de 2010.
Sentencia T-359 de 2009.
Sentencia T-388 de 2009.
Sentencia T-496 de 2008.
Sentencia T-585 de 2010.
Sentencia T-619 de 2009.
Sentencia T-652 de 1998.
Sentencia T-714 de 1996.
Sentencia T-760 de 2008.
Sentencia T-847 de 2000.
Sentencia T-007 de 2010.

Óscar Parra Vera

Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Agradezco la asistencia investigativa de Jorge Parra Norato para la realización de este artículo.



Exigibilidad inmediata de los derechos sociales, protección y consecuencias económicas

Por: Óscar Parra Vera

INTRODUCCIÓN

A pesar de que Colombia tiene uno de los mayores niveles de pobreza, exclusión e inequidad en América Latina, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del país sobre exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) ha sido reconocida a nivel comparado como una de las de mayor interés para evaluar la compleja relación entre poder judicial y distribución de recursos escasos en los países del Sur Global¹. En esta materia, el Alto Tribunal ha entendido que el respeto y la garantía de los DESC son consecuencias ineludibles de la consagración constitucional de Colombia como Estado Social de Derecho. Además, la jurisprudencia en la materia ha intentado enfrentar la profunda brecha entre los postulados constitucionales y la difícil realidad colombiana.

Dicha jurisprudencia sigue evolucionando en un dinámico proceso que, en términos generales, inició con debates sobre la posibilidad de permitir la protección de estos derechos por vía

de la acción de tutela. Ello ocurrió en un contexto relacionado con importantes transformaciones institucionales en Colombia, algunas de ellas relacionadas con la implementación de programas de ajuste estructural de corte neoliberal, situación que generó un importante nivel de precarización de las políticas sociales. Posteriormente, otros debates se centraron en el alto impacto económico de algunos fallos y sus eventuales consecuencias inequitativas, teniendo en cuenta, entre otros elementos, los desafíos inherentes a extender a los sectores más vulnerables el tipo de protección que se estaba alcanzando caso por caso.

El presente artículo expone las características generales de esta evolución jurisprudencial y algunos debates que ha generado. Dada la enorme cantidad de casos relevantes, el texto se concentra en los precedentes más ilustrativos de los desafíos enfrentados por la jurisprudencia. Para ello, inicialmente se explican los criterios utilizados para analizar los derechos sociales como derechos fundamentales. En particular, se describen brevemente las variaciones en la dogmática desarrollada por el tribunal y específicos debates en la aplicación judicial de la prohibición de regresividad. Posteriormente, se analizan las

1 Ver al respecto Yamin y Gloppen (2011), Gloppen y otros (2010).

principales críticas contra la intervención de la Corte en materia económica para luego exponer dos importantes ajustes en la política judicial en esta materia, reflejados en 'macrosentencias' en relación con la situación de los desplazados por la violencia y la crisis en el acceso a la salud. Estos pronunciamientos son un reflejo de ajustes procesales para responder en forma más estructural e idónea a los problemas analizados por el tribunal, a través de una 'justicia dialógica' cuyo objetivo es impulsar una protección fuerte de estos derechos y, al mismo tiempo, fortalecer la deliberación democrática. Esta visión panorámica permitirá algunas conclusiones sobre los alcances de la evolución jurisprudencial y los desafíos hacia el futuro.

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

A continuación se exponen dos ejemplos sobre el dinamismo y los desafíos que ha enfrentado la dogmática sobre protección de derechos sociales en Colombia.

Utilización y abandono parcial del criterio de conexidad. Precisiones en torno a las dimensiones prestacionales de los derechos

Desde los primeros años de jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han presentado diversos debates en torno a qué y cuáles son los derechos fundamentales amparados por vía de tutela². Las posiciones más formalistas y exegéticas, tanto en 1992 como en una reforma constitucional propuesta por el Gobierno diez años después³,

2 Una explicación de los debates durante los primeros años de jurisprudencia puede verse en Chinchilla (1999) y Cepeda Espinosa (1997).

3 Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002-Senado.

señalaban que dicho recurso judicial no debía ser procedente para garantizar la protección de los derechos sociales, bajo el argumento según el cual la tutela sólo era procedente respecto al Capítulo I del Título II de la Constitución, titulado "de los derechos fundamentales".

Las sentencias T-002 y T-406, entre otras emitidas en 1992, respondieron a ese criterio formal y constituyeron durante varios años los principales precedentes respecto a los criterios para establecer los derechos fundamentales. Dichas sentencias aludían a criterios de tipo material⁴, que deben ser apreciados en cada caso concreto, como principales guías para la determinación de un derecho fundamental. Estos criterios prevalecieron sobre el enfoque literalista, según el cual un derecho fundamental es aquel que se encuentra en el mencionado capítulo I de la Carta Política. Asimismo, estos criterios materiales resultaban concordantes con interpretaciones autorizadas del derecho internacional aplicable, según las cuales, una clasificación rígida que sitúe a los derechos sociales fuera del ámbito de protección judicial sería arbitraria e incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y con la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos⁵. Los principios de dignidad humana y de solidaridad han sido fundamentales en la implementación del criterio material⁶.

4 De estos criterios materiales, entre otros, se aludió al carácter "inalienable, esencial e inherente" de un derecho, el rol de los tratados internacionales de derechos humanos, la posesión de un "contenido esencial", la eficacia directa / aplicación inmediata de algunos derechos y el señalamiento de derechos que poseen requisitos especiales para su modificación.

5 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, La aplicación interna del Pacto, Observación General 9, UN Doc. E/C.12/1998/24 del 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

6 Por ejemplo, a partir del deber de solidaridad, entre otros elementos, ha sido posible justificar la reubicación de las personas que, en virtud del desastre natural, han quedado sin vivienda. Ver sentencia T-530 de 2011.



En ese contexto, respecto a derechos sociales, se impulsó un criterio de protección judicial basado en la conexidad con otros derechos fundamentales. Según esta línea jurisprudencial, los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida), de forma que si los primeros no fueron protegidos inmediatamente, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos⁷.

Asimismo, el derecho fundamental al mínimo vital para asegurar la existencia digna en casos de urgencia constituyó otro importante criterio de protección judicial en esta materia. El mínimo vital abarcó temas tales como indigencia, el pago debido del salario⁸ o de la pensión ya reconocida, de forma que se asegure al ciudadano su única fuente de subsistencia (Arango y Lemaitre, 2003)⁹. El mínimo vital permite la protección por vía de tutela aún cuando existan

o estén pendientes los resultados a través de acciones laborales ordinarias.

Por otra parte, también se declaró procedente el amparo de derechos sociales frente a grupos de especial protección teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, en el caso de los infantes¹⁰, las personas con discapacidad¹¹ y los adultos mayores¹², se estableció que su derecho a la salud tenía el carácter de derecho fundamental autónomo. También se reconoció como fundamental el derecho a la vivienda respecto al desalojo de adultos mayores en indefensión¹³.

Con el tiempo, la jurisprudencia fue modificando su doctrina sobre la conexidad. En la sentencia T-016 de 2007 se distinguió entre el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y, por otra parte, las vías que estos requieren para su efectivo cumplimiento¹⁴. Asimismo, la jurisprudencia señaló que en casos en los cuales el contenido de estos derechos ha perdido vaguedad e indeterminación y se relaciona con prestaciones reconocidas a favor de individuos por vía legal o reglamentaria, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido el carácter *iusfundamental* de la vivienda digna. Un ejemplo al respecto lo constituye la concesión y el desembolso de

7 Sentencia T-491 de 1992. Esta sentencia retoma el criterio establecido en la sentencia T-406 de 1992. Respecto al criterio de conexidad, ver Osuna (2007).

8 Así, por ejemplo, en la sentencia T-148 de 2002, se declaró la protección por vía de tutela cuando (1) exista un incumplimiento salarial (2) que afecte el mínimo vital del trabajador, lo cual (3) se presume si el incumplimiento es prolongado o indefinido, salvo que (4) no se haya extendido por más de dos meses excepción hecha de la remuneración equivalente a un salario mínimo, o (5) el demandado o el juez demuestren que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia, (6) sin que argumentos económicos, presupuestales o financieros puedan justificar el incumplimiento salarial.

9 También ha abarcado el derecho a la vivienda. En la sentencia T-544 de 2009 se señaló que “la Administración viola el derecho a una vivienda digna, en conexidad con la vida y con el mínimo vital, cuando no adopta las medidas adecuadas y necesarias para culminar oportunamente un proceso de reubicación de familias que se encuentran viviendo en condiciones de precariedad tal que pueden perder sus viviendas, bien sea por causas físicas o jurídicas”.

10 Sentencia SU-225 de 1998.

11 Sentencia T-850 de 2002.

12 Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

13 Sentencia T-172 de 1997.

14 La Corte señaló que “hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos —unos más que otros— una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”.

subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos legales¹⁵. Respecto al derecho al trabajo¹⁶ y la seguridad social¹⁷, se efectuaron consideraciones similares sobre su carácter fundamental.

En similar sentido y en relación con el derecho a la salud, desde 2003 había iniciado una jurisprudencia que lo consideraba como fundamental respecto a su 'ámbito básico'. En efecto, en la sentencia T-859 de 2003, se señaló que la protección judicial dirigida al suministro de prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS) se relacionaba con los mínimos determinados por el legislador y que, por ende, correspondía entender dicho amparo como la protección de un derecho fundamental. Se estableció entonces que, en Colombia, existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana y (ii) se traduce en un derecho subjetivo¹⁸.

15 Ver la sentencia T-530 de 2011, en donde se reitera la línea jurisprudencial en esta materia respecto al derecho a la vivienda. La Corte precisó que no toda pretensión relacionada con la protección del derecho a la vivienda es admisible, dado que la tutela sólo será procedente "cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la vivienda digna, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la vivienda digna y (iii) eventos en los cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en los que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional".

16 Sentencia T-447 de 2008.

17 Sentencia T-580 de 2007.

18 Sentencia T-859 de 2003. La Corte dijo que "puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado —Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias—, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han

La sentencia T-760 de 2008 reconstruye y sistematiza esta historia jurisprudencial. De una parte, la Corte ratifica el rechazo del criterio formalista e indica que:

«No entra a analizar el concepto de '*derecho fundamental*'. Esta categoría es objeto de sinnúmero de debates doctrinarios y judiciales que no se pretenden zanjar en el presente proceso. [...] Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental "[...] ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona." Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que '*siendo inherentes a la persona humana*', no estén enunciados en la Carta.»

definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas —contributivo, subsidiado, etc. [...] La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental"



En algunos fallos de los últimos años respecto al derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional ha dejado de utilizar el criterio de conexidad y señala que la protección respecto a sujetos de especial protección constituye una variante que “deja de ser relevante en punto a la cuestión de la fundamentalidad del derecho a la salud”.

La jurisprudencia también ha hecho precisiones en torno a la justiciabilidad de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales. La sentencia T-760 de 2008 resalta que es un “error categorial” hablar de “derechos prestacionales” toda vez que todos los derechos tienen “facetas prestacionales y facetas no prestacionales”. Se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico)” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida —art. 50, CP—”.

La sentencia T-760 de 2008 también precisa que otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, la Corte recordó que en la sentencia T-595 de 2002 se señaló que “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”. Al respecto, la Corte indicó que la faceta presta-

cional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos: (a) la existencia de una política pública; (b) que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho¹⁹; y (c) que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible.

Precisiones en torno a los alcances de la prohibición de regresividad

Otro importante aspecto a partir del cual hacer un balance sobre la jurisprudencia en materia de DESC se relaciona con la utilización de los principios de progresividad y no regresividad. La prohibición de regresividad se ha incorporado a la jurisprudencia constitucional como un importante criterio para el control judicial de políticas sociales²⁰. Asimismo, la jurisprudencia ha hecho precisiones sobre el alcance del principio de progresividad de los derechos sociales y su exigibilidad judicial. En particular, la Corte colombiana ha defendido una tesis intermedia entre las posturas que no reconocen valor a la prohibición de regresividad y aquellas que lo entienden como una regla absoluta que no admite excepciones ni ponderaciones y que genera que todo retroceso se convierta siempre en inconstitucional (Uprimny y Guarnizo, 2008). Algunas sentencias de la Corte han utilizado este enfoque para eludir la

19 Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”.

20 Un análisis doctrinal exhaustivo en relación con la aplicación de esta figura en el caso colombiano puede verse en Arango (2006) y Uprimny y Guarnizo (2008).

rigidez en la que puede caer un control constitucional que impida cualquier ajuste en políticas sociales (sentencias C-038 de 2004 sobre constitucionalidad de una reforma laboral que disminuía beneficios laborales para impulsar mayor empleo y C-931 de 2004 respecto a reglas sobre indexación salarial).

Desde su sentencia C-251 de 1997, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, la Corte resaltó que “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y por ello está sometido a control judicial estricto”. Aplicando este criterio al caso del derecho a la salud, en las sentencias C-1165 de 2000 y C-040 de 2004, se declaró la inexecutable de normas que desconocían el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social a través de una disminución de los recursos para el régimen subsidiado, bajo el argumento de la “racionalización del gasto público”²¹.

Asimismo, la prohibición de regresividad también ha sido aplicada en casos individuales por vía de la tutela. Un ejemplo es el caso denunciado por una persona que tuvo que trasladarse de una ciudad a otra para continuar su tratamiento de hemodiálisis debido a que su entidad de salud terminó unilateralmente el contrato con la unidad renal que se encontraba en su ciudad. La Corte

colombiana²² ponderó entre los principios de accesibilidad y calidad del servicio, a lo cual es inherente proclamar su necesaria coexistencia y la imposibilidad de sacrificar el uno para salvaguardar el otro (dado que son elementos esenciales del derecho a la salud)²³. Al resolver el caso concreto, la Corte consideró que la actuación de la entidad de salud no vulneró los derechos fundamentales de los accionantes puesto que (i) el traslado de los usuarios del tratamiento de hemodiálisis a otra ciudad se fundó en motivos serios, justificados y compatibles con el cumplimiento de las finalidades propias del derecho a la salud, en especial a la protección de la vida en condiciones dignas; y (ii) no existía prueba suficiente de que los pacientes o sus familias carezcan de los recursos necesarios para asumir los costos de transporte, además que el acceso a éste era fácil entre las dos ciudades, razón por la cual no se vulneraba la accesibilidad al servicio de salud²⁴. En otro caso, la Corte rechazó la disminución en el subsidio de vivienda por parte de un municipio²⁵.

Ahora bien, la mencionada tesis intermedia que predomina en la Corte Constitucional desde 2001 entiende la prohibición de regresividad como un principio y no como una regla. Cuando este principio entra en colisión con otros intere-

21 Dado que se disminuían en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, la Corte resaltó, *inter alia*, el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación. Además, indicó que se vulnera el principio de progresividad cuando no se avanza en orden a lograr el principio de universalidad en la cobertura de salud, según lo ordena la Constitución y la ley. Ver la sentencia C-130 de 2002.

22 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-739 de 2004.

23 El caso permitía analizar la tensión que surge cuando se disponen servicios de salud más cercanos pero con condiciones médico científicas inferiores a otros menos cercanos.

24 Cabe resaltar que no existían otras posibilidades de atención menos gravosas dado que la única unidad renal, ubicada en la ciudad en la que se quería el servicio, era una que había sido descalificada en una auditoría.

25 Sentencia T-1318 de 2005. La Corte indicó que la prohibición de retroceso vincula tanto al Poder Legislativo, como a las otras autoridades con competencia en el diseño de políticas públicas, incluyendo las autoridades administrativas locales. Según la Corte, las razones dadas por el municipio no cumplían con criterios de necesidad y proporcionalidad.



ses y derechos, procede balancear los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y de interdicción a la arbitrariedad. Asimismo, se busca impedir la petrificación de las leyes y la irreversibilidad absoluta de una determinada política, teniendo en cuenta las dinámicas socioeconómicas del Estado. Esta tesis permite que los órganos democráticos analicen la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de las medidas regresivas frente a la realidad del país, sin dejar en desprotección a quienes tengan expectativas legítimas de no ver alterada arbitrariamente su situación. La necesidad de la regresión debe justificarse en propósitos constitucionales importantes e incluso imperiosos, con especial atención en evitar una desmejora de los grupos de especial protección. Adicionalmente existe un criterio de temporalidad²⁶ según el cual las limitaciones al derecho sólo pueden darse mientras existan las condiciones que justifican la restricción.

Por otra parte, la Corte maneja una presunción de inconstitucionalidad a partir de la cual se traslada la carga de la prueba a las autoridades, de manera que se les exige una justificación fuerte y estricta que, en caso de no darse a plenitud, conllevaría la inexecutable de la medida. Sin perjuicio de la existencia de este tipo de criterios jurisprudenciales, autores como Uprimny y Guarnizo (2008) han señalado que la Corte Constitucional no ha sido clara sobre cuál es la intensidad del control judicial frente a la justificación de medidas regresivas, es decir, no ha habido acuerdo respecto a si el test debe ser estricto, intermedio o suave.

26 Sentencia C-1017 de 2003. Según la Corte no es posible que la regresión se extienda en el tiempo (por tres años en este caso) hasta hacer nugatorio el derecho. Ello fue reiterado en la sentencia C-931 de 2004, en la cual se indicó que, al mantenerse la restricción durante más de tres años, se está tomando en una medida restrictiva. La Corte declaró así la constitucionalidad de la norma pero instó al Gobierno para que el siguiente año se abstenga de restringir el derecho de los servidores públicos a la conservación del poder adquisitivo de sus salarios.

La aplicación en la práctica de los criterios mencionados ha generado profundos debates. Un ejemplo al respecto lo constituye la sentencia C-754 de 2004, en la cual se analizó la constitucionalidad de una norma que, al hacer más rigurosos los requisitos exigidos a los trabajadores para pertenecer a un régimen transicional de pensiones, recortó los beneficios de las personas que se encontraban amparadas por el mismo²⁷. La Corte acude a la diferenciación entre derechos adquiridos y meras expectativas para resolver el caso, teniendo en cuenta que las expectativas pueden ser modificadas o desmejoradas por el legislador²⁸. El tribunal estableció que si bien un régimen de transición, respecto al derecho a la pensión, no constituye un derecho constitucional adquirido sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición en cabeza de las personas que cumplieron con los requisitos exigidos por ley al respecto. Por lo tanto, al no estar frente a una expectativa sino frente a un derecho adquirido y protegido constitucionalmente, el legislador no tiene la libertad de menoscabarlo mediante la expedición de una nueva ley que modifique sus condiciones y beneficios.

27 La norma varía los requisitos para acceder a la pensión de aquellas personas que el primero de abril de 1994 tuvieran 35 años, en el caso de las mujeres, o 40 años en el caso de los hombres, y que a partir del primero de enero del 2008 cumplan las condiciones para acceder a la misma.

28 Según la sentencia C-789 de 2002, los “derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento” y por ello son protegidos ampliamente por la Constitución al prohibir el desconocimiento o modificación de este tipo de situaciones consolidadas. Por el contrario, en las expectativas, “tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”. En consecuencia, “la ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”.

La Corte también señaló que hay personas que por su proximidad al cumplimiento de los requisitos, tienen una expectativa legítima respecto a que la legislación no va a ser alterada arbitrariamente y que, por lo tanto, están próximos a cumplir las condiciones exigidas para acceder a la pensión. En este sentido, conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. En este punto, la Corte interpretó que, cuando una persona aún no cumple los requisitos para acceder a una pensión, pero sí cumple los requisitos para acceder al régimen de transición establecido, adquiere el derecho, no la expectativa, de permanecer en dicho régimen y, por lo tanto, el legislador no puede modificar su situación.

Tres magistrados de la Corte presentaron un salvamento de voto a esta sentencia²⁹. La tesis del salvamento de voto es que la Corte incurrió en error conceptual al asimilar la expectativa legítima de aquellos trabajadores que se encuentran en el régimen transicional de pensiones, con la existencia de un derecho adquirido de esos trabajadores a la inmodificabilidad de dicho régimen. Según la posición minoritaria, el derecho se adquiere únicamente cuando se cumplen los requisitos legales para acceder a la pensión, con anterioridad a ello existe una expectativa legítima de aquellas personas que, por encontrarse cercanas a cumplir las condiciones legales, no podrán ver modificada su situación con leyes posteriores salvo que existan razones imperiosas que cumplan con criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, los magistrados disidentes criticaron que no se haya hecho ningún examen de razonabilidad o proporcionalidad que justificara el retroceso de la

norma demandada. Alegaron que la protección especial a la expectativa legítima no se deriva solamente del principio de confianza legítima, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, conforme al cual, *prima facie*, se considera inadmisiblemente constitucionalmente una reforma que, sin justificación suficiente, comporte un retroceso en materias de derechos sociales ya reconocidos en la ley. Sin embargo “no quiere lo anterior decir que esas medidas especiales de protección acogidas por el legislador en un momento dado se vuelvan intangibles, de manera tal que den lugar a un “derecho adquirido al régimen legal”, porque, como se ha señalado por la Corte, el mismo se mantiene en el ámbito de las expectativas, amparado, sí, con un nivel especial de protección, pero sin que pueda aspirar a la intangibilidad de los derechos adquiridos”. Por otra parte, los magistrados disidentes consideraron que se desconocía la importancia de la situación socioeconómica del país al momento de realizar un control de constitucionalidad basado en la proporcionalidad y la razonabilidad³⁰. Señalaron que la mayoría, al predicar la inmodificabilidad del régimen de transición, «le impide al Congreso reducir inequidades, promover la materialización del principio de Estado Social de Derecho y propender por la sostenibilidad del sistema pensional”³¹, lo cual, a su vez, le resta valor al proceso democrático como vía para encontrar soluciones a los problemas que afronta la

30 El salvamento cita diversos estudios empíricos de los que se concluye que: el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 (i) otorga beneficios que dependen de subsidios muy elevados; (ii) está compuesto por personas que, salvo excepciones, cuentan con ingresos más altos que el promedio de la población colombiana, (iii) mientras que 77% de adultos mayores no cuenta con pensión ni tiene otro beneficio que le proteja de los riesgos del envejecimiento.

31 Los magistrados señalaron que la reforma preserva un régimen en el cual los trabajadores de menores ingresos subsidian, por vía de impuestos, a los pensionados de ingresos superiores. Además, se crea una presión para aumentar la carga sobre los trabajadores que no están en el régimen de transición con el fin de conseguir recursos para sostener los beneficios de dicho régimen.

29 Rodrigo Uprimny Yepes, Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil.



sociedad, como lo es garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, y «desalienta al legislador a concebir regímenes de transición, los cuales son, en sí mismos, mecanismos de protección a las expectativas legítimas de los ciudadanos»³².

LAS CRÍTICAS RELACIONADAS CON EL IMPACTO ECONÓMICO DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algunas decisiones de la Corte en materia de DESC empezaron a alcanzar una notoriedad pública importante, teniendo en cuenta su alto impacto económico, sus fuertes consecuencias financieras o las críticas por parte de diversos actores que alegaban problemas de 'inseguridad jurídica' que obstaculizarían la inversión. Un ejemplo al respecto lo constituyen las decisiones adoptadas en 1998 y 1999 dirigidas a proteger a los deudores hipotecarios que podían perder su vivienda debido a la aguda recesión económica que afectó el sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante). La Corte determinó que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés³³, prohibió la capitalización de intereses y ordenó que se reliquidaran los créditos hipotecarios para aliviar la situación de

los deudores. Además, la Corte ordenó que se expidiera, en siete meses, una nueva ley para la regulación de la financiación de vivienda, fijando algunos criterios que debía tener dicha ley³⁴.

El Alto Tribunal fue duramente criticado por imponer dichos criterios en lugar de haber establecido una oportunidad para que el Congreso lo hiciera, más aún si se tiene en cuenta el impacto financiero que resulta de adoptar uno u otro modelo de financiación de vivienda. Algunos críticos indicaron que estas decisiones incorporaron rigideces en el sistema de financiamiento de vivienda que no fueron claramente justificadas, dado que la Corte no habría logrado demostrar que la capitalización de intereses y la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés fueran, en sí mismas, medidas de financiamiento inadecuadas y desproporcionadas en toda circunstancia (Uprimny 2000). La Corte no habría tenido en cuenta que, en determinadas condiciones, dichas medidas podían funcionar de manera equitativa. Otros críticos señalaron que la reliquidación de algunos créditos terminó favoreciendo a personas con altos ingresos que terminaron recibiendo subsidios que no se dirigían hacia la financiación de vivienda de los más pobres. Asimismo, se indicó que la movilización política que en algún momento lograron los deudores hipotecarios, en lugar de impulsar un trabajo dirigido a la deliberación en el Congreso, terminó focalizado en la interposición de demandas judiciales. Por otra parte, en el caso del derecho a la salud, el argumento 'por conexidad' permitió, por ejemplo, inaplicar las normas que excluyen ciertas prestaciones del Plan Obligatorio de Salud utilizando la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna. En esta línea jurisprudencial se amparó el acceso a la atención médica necesaria para el restablecimiento de graves problemas de salud mental³⁵, las intervenciones estéticas que tienden a poner

32 Otro importante caso en esta materia se relaciona con los reajustes salariales a la luz de la indexación. En un primer momento, en la sentencia C-1433 de 2000, la Corte ordenó destinar presupuesto para la indexación salarial, porque de otra manera se vulneraría el derecho constitucional innominado a la "movilidad del salario", el cual surge de la interpretación de los derechos al mínimo vital y al trabajo. Posteriormente, en la sentencia C-1064 de 2001, el precedente jurisprudencial se modificó. Luego de realizar un test de proporcionalidad, la Corte encontró conforme a la Carta la limitación del poder adquisitivo de quienes se encuentran en una mejor situación económica. Sin embargo, la Corte condicionó su constitucionalidad y señaló que 1) no puede desmejorarse la situación de quienes devengan menos de dos salarios mínimos; 2) debe consultar el principio de progresividad permitiendo que quienes ganan menos tengan un incremento salarial mayor; y 3) el ahorro logrado debe invertirse en gasto social.

33 Sentencia C-383 de 1999.

34 Ver sentencia C-700 de 1999.

35 Sentencia T-409 de 2000.

fin a fuertes dolores corporales³⁶, el suministro de prótesis mamarias para el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica³⁷, el suministro de la hormona del crecimiento³⁸ y las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión³⁹, entre otras prestaciones⁴⁰ que, al no estar contempladas en los planes obligatorios, su impacto financiero alcanzó a ser de gran magnitud.

Por ello la jurisprudencia intentó regular el alcance del criterio de conexidad respecto al derecho a la salud. Se estableció entonces que la procedencia de la tutela respecto a las prestaciones no incluidas en el POS exigían como requisito que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. Además, el paciente debe acreditar que no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etcétera)⁴¹.

En este punto, una importante crítica ha surgido debido al alto nivel de discrecionalidad que tendrían los jueces para utilizar, sin mayor límite,

las cláusulas de interdependencia y conexidad. Por vía de la conexidad podría llegarse a un derecho absoluto. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, se han hecho críticas específicas sobre los efectos inequitativos de la doctrina de conexidad para ordenar el suministro de lo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Dado que esta jurisprudencia ha permitido inaplicar normas legales de la política pública respectiva, las principales críticas señalan que⁴²:

- a) La acción de tutela en salud, al ser utilizada mayoritariamente por quienes hacen parte del régimen contributivo, implica una mayor garantía del derecho para los incluidos en el sistema y quienes tienen mayor capacidad de pago "en detrimento de quienes aún no han sido incluidos y por lo mismo resultan más vulnerables"⁴³.
- b) Se debate sobre la legitimidad de los jueces para solucionar casos difíciles donde la concesión de la prestación en un determinado caso podría implicar la negación de la misma en otros, particularmente al ordenar tratamientos de alto costo⁴⁴. Al respecto, se se-

36 Sentencia T-119 de 2000, entre otras.

37 Sentencia T-572 de 1999.

38 Sentencia T-442 de 2000, entre otras.

39 Sentencias T-827 de 2002 y T-1081 de 2001.

40 Para una descripción y sistematización más detallada de estos casos, ver Parra Vera (2003), capítulo IV, numeral 1.5.

41 Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

42 Tomo como referencia la sistematización de estas críticas hecha en la aclaración de voto de Rodrigo Uprimny Yepes a la sentencia T-654 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia. Ver, asimismo, Procuraduría y Dejusticia (2008); Uprimny (2001) y Cepeda (2007).

43 Procuraduría y Dejusticia (2008: 173).

44 El salvamento de voto a la sentencia SU-225 de 1998 lo expresa en los siguientes términos: "Es claro que los niños de Puente Aranda son titulares del derecho a la salud, y que la administración distrital está obligada a adoptar una política orientada a hacerlo efectivo; pero los menores de los demás barrios del Distrito Capital y de los demás municipios del país, donde la pobreza es igual o peor, son también titulares de ese derecho. Es claro para nosotros que, en procura de evitar a uno y otro grupo de menores las consecuencias de la meningitis, deben actuar las autoridades municipales y distritales; pero deben hacerlo acatando y ejecutando las leyes vigentes sobre la materia, que no pueden ser sustituidas por las órdenes del juez de tutela".



ñala que “no es factible que todas esas prestaciones sean universalizables” a cualquier otra persona que lo requiera, por lo que se termina concediendo “un privilegio a favor de quien presentó la tutela”⁴⁵.

- c) En similar sentido se señala que la concesión de prestaciones no previstas por los planes obligatorios desequilibra el sistema diseñado previamente y lo puede llevar a la quiebra. Al respecto, se alude a la tensión entre lo que se puede derivar de la protección normativa de derechos sociales y lo que el Estado realmente puede hacer dada su restricción presupuestaria.
- d) Algunas investigaciones indican que el dinero utilizado en los recobros de las tutelas podría haber sido utilizado para aumentar la cobertura, particularmente de los más pobres en el régimen subsidiado⁴⁶.
- e) Esta inequidad se haría más grave porque se explica en la intromisión de los jueces en esferas propias del Congreso y del Ejecutivo, donde los actores tienen mayor responsabilidad política y rendición de cuentas.
- f) Los jueces no tendrían una visión de conjunto, en gran medida porque no cuentan con herramientas y elementos de juicio técnicos y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria.
- g) Ante la escasez de recursos para garantizar todos los derechos sociales de todos, las decisiones—en ocasiones trágicas—sobre la limitación en la garantía de ciertos derechos, deben adoptarse en el proceso democrático por parte de autoridades electas para tomar

dichas decisiones, razón por la cual la intervención judicial termina eludiendo este necesario debate democrático.

- h) La enorme cantidad de tutelas a resolver exige la dedicación exclusiva de funcionarios de EPS y de los entes territoriales y genera, además, un importante grado de congestión judicial.

Estas críticas, si bien se concentran en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud, son similares a las críticas generales contra la presunta inconveniencia o ilegitimidad de la intervención judicial respecto a otros derechos sociales. Como se observa, algunas críticas atacan directamente la posibilidad de proteger judicialmente los derechos sociales, aspecto bastante discutible hoy en términos del derecho comparado y en el marco de lo que implica un Estado Social de Derecho. Sin embargo, la gran mayoría de críticas se concentra en el tipo de orden que emiten los jueces. Son estas órdenes o remedios los que tienden a generar los impactos financieros y los desajustes institucionales. A continuación se analiza un ajuste en la línea jurisprudencial respectiva, relacionado con este tipo de problemas: la utilización de «macro sentencias» con remedios múltiples y abiertos como respuesta a las insuficiencias procesales del análisis caso a caso de situaciones estructurales asociadas a la violación sistemática de derechos sociales.

EL ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL ESTRUCTURAL

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta el incremento del número de acciones de tutela en algunas temáticas sobre derechos sociales y debido al no acatamiento de los estándares establecidos en su jurisprudencia, impulsó una forma de ‘activismo dialógico’, en el cual la intervención judicial ordena la revisión general de una

45 Procuraduría y Dejusticia (2008: 176).

46 Procuraduría y Dejusticia (2008: 177).

política pública que tiene impacto en la violación masiva de derechos. Utiliza figuras como el “Estado de Cosas Inconstitucional” o la emisión de órdenes dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del “litigio de interés público” en Estados Unidos⁴⁷. En dicho país, el llamado *judicial policy making* desempeñó un rol fundamental en la reforma de algunas políticas públicas, particularmente las relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorrestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho estados habían sido declarados inconstitucionales a través de decisiones judiciales catalogadas como «*structural injunctions*» o ‘remedios estructurales’ expansivos dirigidos al monitoreo de una política general⁴⁸.

Como señalan Uprimny, Jaramillo y Guarnizo, tomando como referencia trabajos de Rosenberg, Chayes y Wayne, estos ‘remedios estructurales’ se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que, a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los responsables y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso

y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, de control y legislativas. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior resulta en una “experimentación institucional” que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial⁴⁹.

A continuación se analizan dos ejemplos al respecto, en relación con macrosentencias emitidas por la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, relacionadas con el desplazamiento forzado por la violencia y la crisis en el acceso a la salud⁵⁰.

La sentencia T-025 de 2004 y los derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado

La sentencia T-025 de 2004 enfrenta la crisis en la atención del problema del desplazamiento

47 La literatura al respecto es enorme. Resalto en particular Feeley y Rubin (1998).

48 Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Uprimny, Jaramillo y Guarnizo (2004).

49 En similar sentido, Sabel y Simon (2004) han defendido un “nuevo paradigma remedial” asociado al modelo de “litigio experimental”. Sabel y Simon, retomando el trabajo de Mangabeira Unger, caracterizan al “litigio de interés público” como “desestabilizador”, teniendo en cuenta la forma en que las órdenes buscan romper barreras, aparatos burocráticos y trincheras institucionales para reevaluar organizaciones y procedimientos irregulares y cerrados. Además, consideran que las complejidades que enfrenta este tipo de remedios exigen una intervención “experimental”, según la cual el punto de partida es la inexistencia de una institucionalidad determinada que permita alcanzar los objetivos de transformación estructural. Por ello, el proceso de implementación exige combinar normas flexibles con la progresiva participación de los “stakeholders”; el diálogo entre los actores y del juez con los mismos, en orden a evaluar y aprender en torno a escenarios institucionales desconocidos e inciertos.

50 Para un desarrollo teórico más exhaustivo sobre estas macrosentencias, ver Rodríguez Garavito (2011).



forzado por la violencia. A pesar de que se revisaba una cantidad importante de tutelas de personas desplazadas, muchas de ellas relacionadas con derechos sociales, la Corte consideró que la intervención puntual caso a caso era insuficiente para enfrentar la magnitud del problema. Se declaró entonces un estado de cosas inconstitucional teniendo en cuenta:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

En consecuencia, si bien se otorgaron algunas prestaciones urgentes, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo que determinara con claridad la política pública necesaria para resolver el estado de cosas inconstitucional en relación con los derechos de este grupo poblacional. La Corte exigió la precisión de plazos y estrategias concretas, sin imponer un criterio particular, salvo la precisión de los mínimos de derechos humanos que deben ser respetados.

Con posterioridad a la emisión de la sentencia, la Corte Constitucional ha proferido diversos

autos a través de los cuales ha hecho una supervisión de cumplimiento continuada del fallo⁵¹. Para ello ha dispuesto la realización de audiencias públicas y la presentación de informes técnicos. En una de las audiencias públicas comparecieron ministros y altos funcionarios, organismos de control y sociedad civil. Este ejercicio ha sido un importante escenario de rendición de cuentas. Las audiencias también se han utilizado para temáticas de especial complejidad, pero con el objetivo de que sea posible el control ciudadano en aspectos que muchas veces quedaban reducidos a un grupo minoritario de expertos técnicos. Me refiero en particular a la adopción de indicadores para verificar el cumplimiento del fallo. En el auto 109 de 2007, la Corte adoptó “indicadores de resultado”, “indicadores de goce efectivo de derechos”, “indicadores complementarios” e “indicadores asociados”, algunos de ellos circunscritos específicamente a varios derechos sociales.

El sistema de indicadores le permitiría a la Corte evaluar si el aumento de dinero llega a suplir efectivamente las necesidades de los desplazados. En el caso de la salud, por ejemplo, implica una mayor atención en la calidad de los servicios que en el número de cupos otorgados en el régimen subsidiado. En los autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 y 266 de 2006, la Corte reiteró como una de las causas que impedía avanzar adecuadamente en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, la falta de indicadores de resultado que tuvieran en cuenta el goce efectivo de los derechos de la población desplazada y que permitieran determinar la dimensión de la demanda específica atendida, así

51 La Corte cita al respecto el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que regula el funcionamiento de la tutela, según el cual “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”. En desarrollo de esta norma, la Corte Constitucional ha proferido, además de la sentencia T-025 de 2004, numerosos autos de seguimiento.

como el avance, retroceso o estancamiento de cada programa y componente de atención, y solicitó al Gobierno la adopción de tales indicadores de resultado. Por ello, se pidió al Gobierno la presentación de indicadores, los cuales pudieron ser criticados y completados por aquellos que presentaban organizaciones intergubernamentales y de la sociedad civil. La utilización de indicadores para impulsar una mejor implementación del fallo judicial constituyó una experiencia única en la región y permitió alcanzar consensos, a partir de criterios técnicos, entre distintos actores y disciplinas. De esta manera, los indicadores, como herramienta técnica, han sido insumos para la construcción de una voluntad política que no existía con claridad en forma previa al fallo (Uprimny y Sánchez León, 2010).

En similar sentido, al analizar el impacto de esta sentencia, autores como César Rodríguez y Diana Rodríguez (2010: 137 y ss.) la asocian con una forma de “activismo dialógico”, en el que la intervención judicial genera espacios democráticos de deliberación con actores sociales y se elude la emisión de órdenes minuciosas que impiden el debate en la implementación de políticas públicas para solucionar problemas sociales. Dichos autores identificaron que la sentencia había tenido efectos instrumentales o materiales directos e indirectos, así como efectos simbólicos directos e indirectos.

En efecto, César Rodríguez y Diana Rodríguez documentaron un *efecto desbloqueador* del bloqueo institucional anterior a la sentencia, reflejado en la falta de acciones estatales para el mejoramiento de la situación de las personas desplazadas en el país. Lo anterior es relevante teniendo en cuenta la gran maraña burocrática e institucional o las falencias de una determinada entidad que le impedía adecuada capacidad para enfrentar el problema. Al sacudir el aparato estatal, la discusión política sobre el desplazamiento

se replanteó en términos más democráticos y se abrió la puerta a nuevos procedimientos antes impensables como la construcción conjunta, entre el Estado y las ONG, de indicadores de goce de derechos de la población desplazada. Además, se dinamizó la maquinaria estatal al reactivar el inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de programas de emergencia. En el tema presupuestal se ordenó en el fallo que las entidades estatales debían calcular el monto de inversión en un plazo de un mes. El Gobierno solicitó que dicho plazo se extendiera por dos años, pero la misma Corte ordenó mantener el plazo inicial, pues de otra manera se hubiera mantenido la pasividad institucional, aunque posteriormente fijó nuevas metas y nuevos plazos que ampliaron la capacidad de manobra del Gobierno.

Por otra parte, la sentencia tuvo un efecto deliberativo al crear e impulsar procedimientos de participación y discusión entre un amplio espectro de actores sociales vinculados con el seguimiento del fallo⁵². Este *activismo dialógico*, por otro lado, se caracteriza por dictar órdenes más abiertas, en las que no se señalan a profundidad los detalles en la construcción de las políticas públicas. Estos detalles quedan en manos de las autoridades respectivas. Sin embargo, Rodríguez y Rodríguez destacan que la Corte fue estricta en el cumplimiento de los plazos perentorios otorgados, de tal forma que la sentencia ha orientado la acción del Gobierno frente al desplazamiento⁵³.

52 En particular, las audiencias públicas se caracterizaron por ser un espacio donde intervinieron organizaciones de desplazados, ONG de derechos humanos, entidades estatales y organizaciones internacionales como la ACNUR.

53 Rodríguez y Rodríguez (2010) consideran que el efecto desbloqueador es un efecto instrumental directo del fallo, pues las órdenes de la Corte consistían precisamente en destruir el aparato estatal. El efecto deliberativo, por su parte, es un efecto directo del fallo —por ser consecuencia del proceso de seguimiento— con consecuencias instrumentales y simbólicas. Instrumentales por impulsar mecanismos concretos de políticas



De otro lado, estos autores resaltan que la T-025 ha tenido un importante efecto en el diseño, la implementación y el seguimiento de políticas públicas sobre desplazamiento⁵⁴. Asimismo, ha tenido un efecto coordinador y articulador, particularmente a través de la reactivación del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD), el cual pasó a ser la entidad encargada del diseño de las políticas públicas y del seguimiento al avance en el cumplimiento de la T-025. Finalmente, ha tenido un efecto social, al cambiar la situación de los desplazados, aunque los problemas en los sistemas

de información sobre el tema dificultan establecer con precisión los alcances de dichos cambios en la situación de este grupo vulnerable.

Respuesta judicial estructural a la crisis del sistema de salud: la sentencia T-760 de 2008

Otro ejemplo de intervención judicial estructural, pero en materia de salud, lo constituye la sentencia T-760 de 2008⁵⁵. Esta macrosentencia recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sentencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. La Corte afirmó que este enfoque estructural era necesario porque “los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela”. De otra parte, la Corte utiliza el derecho internacional como marco para interpretar las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.

Entre otras órdenes, en la decisión se insta a: (i) ser claros en la definición de los beneficios del POS y también a que se efectúen auditorías institucionales sobre desempeño, con el fin de informar a los usuarios respecto a la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras; (ii) tomar las medidas para facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela y adoptar un plan de contingencia para garantizar los reembolsos apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S; y (iii) hacer una

públicas; simbólicas por alterar la comprensión del problema del desplazamiento en la sociedad en general. De otro lado, estos autores señalan que en la T-025 la Corte generó que se superara una concepción del problema del desplazamiento forzado como un efecto colateral del conflicto, para ser valorado como una violación masiva de derechos. Dado que el alcance de este efecto va más allá de los actores sociales directamente afectados, al alcanzar a la sociedad en general, se clasifica como un efecto indirecto con consecuencias instrumentales y simbólicas. Su contenido simbólico se encuentra en la redefinición del discurso y de los términos utilizados para solucionar el problema del desplazamiento forzado, de tal forma que la población desplazada logró tener una mayor visibilidad en la discusión pública que, pese a ser aún hoy insuficiente en relación a su magnitud, ha generado una nueva concepción del desplazado. Este efecto simbólico se refleja también en el incremento de noticias sobre desplazamiento y en el cambio de encuadre de las mismas, caracterizado por el discurso de los derechos. Asimismo, su componente instrumental consiste en la creación de un “campo sociojurídico del desplazamiento”, esto es, un espacio de debate e interacción entre múltiples y diversos actores con propuestas dispares sobre el mismo fenómeno.

54 El primer elemento, el diseño de políticas, se refleja en la adopción, por parte del Gobierno, del Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. Dicho plan fue expedido un año después de la sentencia e incluye un enfoque de derechos, consistente en la garantía del ejercicio y goce de los derechos humanos, y un enfoque diferencial que tiene en cuenta las características particulares de la población desplazada. Frente a la implementación de las políticas, el fallo ha motivado la creación de numerosos y diversos programas por parte de Acción Social, al igual que programas regionales y municipales de atención que son incluidos dentro de los procesos de seguimiento de la T-025. De igual manera, la implementación se refleja en el considerable aumento del presupuesto en la materia.

55 Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, ver Yamin y Parra Vera (2010).

revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían analizado o revisado a fondo desde hacía muchos años.

La decisión de la Corte ordenó la reestructuración del sistema de salud en forma significativa. Para que se ajustara a lo dispuesto por el propio órgano legislativo en la Ley 1122 de 2007, la sentencia le ordenó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) actualizar completa e inmediatamente, y luego año tras año, los beneficios incluidos en el POS, mediante un proceso que incluyera la “participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud”, en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

En la T-760 de 2008, citando la inacción del Gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100⁵⁶, la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, así como también el perfil epidemiológico de la población. Además de ser basado en el perfil epidemiológico de la población, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo y transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal.

56 La Ley 100 había establecido como finalidad unificar los dos regímenes de beneficios de salud en el futuro. En el año 2006, la Corte consideró la diferenciación de los planes basada en la capacidad de pago como algo permisible constitucionalmente, pero expresó que el Gobierno debía, para cumplir con los objetivos declarados en la propia ley, formular un plan para que la unificación tuviese lugar en un plazo específico. Sentencia C-1032 de 2006.

Por otro lado, siguiendo la interpretación del Comité DESC, la Corte: (i) desarrolla cuáles son las diversas obligaciones estatales que emanarían del derecho a la salud y cómo la supervisión es esencial para proteger dicho derecho, al igual que para el control público de las acciones de los distintos agentes de salud; (ii) reitera que el Estado es responsable de adoptar medidas deliberadas para conseguir el cumplimiento progresivo de este derecho y que las medidas regresivas son por regla general inadmisibles; y (iii) afirma que el derecho a la salud exige transparencia y acceso a la información, además de planes basados en pruebas científicas y decisiones de cobertura apoyadas en procesos participativos.

De otra parte, la Corte adopta el esquema de “las cuatro A” establecido por la Observación General 14 del Comité DESC, según la cual las instalaciones, los bienes y los servicios de salud deben estar disponibles, accesibles, ser aceptables y tener una adecuada calidad. La sentencia T-760 de 2008 pone un énfasis especial en las múltiples dimensiones superpuestas de la accesibilidad: accesibilidad física, accesibilidad económica, accesibilidad a la información fundamental relativa a la salud y accesibilidad sin discriminación. Incluso el análisis de la Corte va más allá del derecho internacional, al considerar los obstáculos burocráticos al acceso a los cuidados de salud, algo que no está contemplado explícitamente en la observación general.

La Corte argumentó que su tarea no era definir el alcance del derecho a la salud. En lugar de eso, estableció un enfoque estructural que exige un diálogo democrático amplio sobre el contenido del nuevo POS y, por extensión, del alcance del derecho a las prestaciones de salud en Colombia. La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En



lugar de eso, insta a la CRES a que cumpla con estas funciones legales conforme a la Ley 1122 de 2007, asumiendo entonces que la tarea apropiada de los jueces es exigir justificación para las decisiones de la política de salud, no tomar ellos mismos las decisiones (Syrett, 2007).

El enfoque de la Corte a la hora de redefinir un POS unificado es compatible con las propuestas de Norman Daniels respecto a “rendición de cuentas sobre la razonabilidad”⁵⁷. Daniels (2008) argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. Por ello, argumenta que lo que se necesita es tener un proceso justo, definido como un proceso que sea: (i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; (ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; (iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y (iv) exigible. La T-760 de 2008 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

La sentencia ha suscitado diversos debates y críticas. Uprimny y Rodríguez Franco (2008) han criticado a la Corte por no haberse pronunciado sobre los principios para “limitar el derecho a la salud de una forma constitucionalmente aceptable y financieramente sostenible”. Por su parte, algunos economistas resaltaron las dificultades que genera una orden de unificar los planes de beneficios cuando financieramente el régimen

contributivo no está en capacidad de sostener al régimen subsidiado, entre otras dificultades relacionadas con el alto incremento de la economía informal (Perry y Santa María, 2009).

En la implementación de la sentencia, la Corte ha tenido en cuenta este tipo de críticas y ha impulsado un proceso de discusión pública relativamente similar al que fue desarrollado en la macrosentencia sobre desplazamiento forzado. En julio de 2009, una sala especial de seguimiento designada por el pleno de la Corte aprobó 16 autos en los que requería información con respecto al progreso y los obstáculos en la ejecución de la sentencia⁵⁸. Posteriormente, durante 2010, la Corte emitió 17 autos específicos en relación con el cumplimiento de órdenes emitidas en la sentencia⁵⁹. Además, en 2011 se llevó a cabo una

58 La gran mayoría de los autos criticaba la manera en que se había presentado la información y especificaba cuáles debían ser los ajustes pertinentes. Varios de los autos solicitaban información con respecto a las metodologías usadas para dar cumplimiento a la sentencia, al cálculo de la tasa de capitación del régimen subsidiado y al procedimiento para escoger esa metodología.

59 En el auto 105 del 8 de junio de 2010, la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los criterios tenidos en cuenta al emitir acuerdos dirigidos a actualizar el POS. Entre otros aspectos, el tribunal indagó sobre los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas “zonas grises” y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios. Cabe resaltar que en el auto 247 de 2010, la Corte indagó sobre la situación financiera del Fosyga y el abuso en los recobros ante dicho órgano. Además, a través del auto 150 de 28 de junio de 2010, la Corte solicitó al Consorcio Fidufosyga y al Ministerio de Protección Social información sobre “las medidas tomadas respecto de las ‘prácticas perversas’ en la definición de los valores de los medicamentos y de los abusos en los recobros por servicios ordenados por vía de tutela”. De otro lado, la Corte requirió a la Contraloría General de la República información sobre las líneas de auditoría dirigidas a identificar irregularidades o abusos en el manejo de los recursos del Régimen Contributivo, incluyendo información sobre la deuda que actualmente soporta cada uno de los prestadores del servicio de salud. A su

audiencia pública en la que pudieron participar diversos ministerios y donde la Corte permitió la presentación de conceptos por parte de entidades académicas, sobre áreas técnicas, críticas y complejas en el seguimiento de la sentencia.

Tres años después de emitida la sentencia, su proceso de implementación se encuentra en una primera fase y los pasos más importantes están aún por darse. En un primer momento, diversas críticas aludieron a las dificultades para verificar una adecuada participación, teniendo en cuenta que el público no tenía acceso en la práctica a la información sobre los principios y la metodología que se están usando para efectuar las reformas. Tampoco se hacía ninguna previsión para poder revisar o apelar las decisiones o para crear mecanismos que permitieran a la ciudadanía controlar las decisiones adoptadas por el Ministerio en el proceso de actualización del POS (Gianella-Malca, Parra-Vera, Yamin y Torres-Tovar, 2009)⁶⁰. Esta situación ha sido objeto de atención por parte de la Corte, que ha solicitado información

vez, mediante los autos 107 (8 de junio de 2010), 372 y 373 (29 de noviembre de 2010), la Corte hizo seguimiento a las órdenes dirigidas a remover obstáculos al flujo de recursos relacionados con los recobros al Fosyga. Por otro lado, en el auto 246 de 2010, se analizó “el agravamiento de las condiciones de operación por problemas de liquidez e incertidumbre en el recaudo de los recursos que soportan los procesos de aseguramiento” dentro del régimen subsidiado.

60 Por ejemplo, el 30 de julio de 2009, un día antes del cumplimiento del plazo y después de haberse reunido sólo dos veces, la CRES aprobó un acuerdo para “aclarar y actualizar íntegramente” el POS. La CRES aludió a los “procesos participativos” y a los “estudios de adecuación” con respecto al monto de la capitación, pero no estableció ninguna metodología precisa para la determinación de inclusiones y exclusiones en el POS. La CRES excluyó sólo 33 procedimientos e incluyó más de 300 por razón de su “frecuencia de uso”. No hubo cambios significativos con respecto a los medicamentos, y las llamadas “zonas grises” permanecieron intactas. Meses más tarde, mediante el Acuerdo 8 de 2009, la CRES aclaró y actualizó ‘íntegramente’ el POS, derogando el Acuerdo 003. Sin embargo, el Acuerdo 008 no actualizó la lista de medicamentos ni incluyó aquellos que estaban teniendo mayor impacto económico en los reembolsos. Ver Yamin y Parra Vera (2010).

específica para verificar el respeto de los principios de participación y rendición de cuentas. Asimismo, la reciente reforma a la salud incorpora diversos elementos que constituyen algún tipo de respuesta a los problemas de regulación resaltados por la Corte, lo cual debe ser analizado en las siguientes etapas de implementación de la sentencia. En suma, en el futuro se verá si la sentencia logra constituir una respuesta judicial idónea frente a la crisis permanente que atraviesa el sistema de salud en Colombia.

CONCLUSIONES

En este escrito he reseñado en forma muy general la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales. Mientras que en un primer momento los debates se concentraron en la discusión sobre si estos derechos eran justiciables o si eran fundamentales, con el tiempo dicho debate se trasladó hacia el tipo de remedio judicial ofrecido por los jueces para enfrentar las situaciones estructurales que explican los patrones y contextos en los que se insertan muchas de las violaciones a derechos sociales. En particular, la jurisprudencia ha tenido cada vez mayor preocupación por el impacto equitativo de sus decisiones y busca alcanzar transformaciones estructurales mucho más allá de los casos concretos analizados por vía de tutela.

Este proceso ha sido muy dinámico y no exento de paradojas y complejidad. Por ejemplo, la reseña del abandono del criterio de conexidad y la polémica en torno a los alcances de la prohibición de regresividad, reflejan que la difícil realidad colombiana ha exigido del Tribunal Constitucional particular creatividad y rigurosidad técnica para tratar de hacer realidad la cláusula del Estado Social de Derecho. De otra parte, los remedios asociados a las macrosentencias sobre



desplazados y derecho a la salud, han focalizado el análisis en un control judicial estricto de la transformación estructural de políticas públicas. Ello ha permitido diversas respuestas a los críticos de la Corte, pero también ha generado nuevos dilemas, debido a la larga espera por la implementación adecuada de aquellos remedios dirigidos a impulsar una mejor gestión institucional y una mayor deliberación democrática. Esa larga espera acentúa el justificado escepticismo que en Colombia tienen algunos sectores populares respecto a la posibilidad de grandes transformaciones sociales por vías institucionales.

A pesar de ello, la última etapa de la jurisprudencia de la Corte está claramente dirigida hacia una mayor armonización entre una protección judicial estricta en el análisis de restricciones, creativa en la protección sustantiva de los derechos sociales, que vela por su impacto equitativo, y que intenta armonizar una vigorosa protección de estos derechos con un impulso importante de la discusión pública y la deliberación democrática. Las grandes esperanzas que ello despierta constituyen el gran reto hacia futuro, teniendo en cuenta que la participación y las posibilidades reales de deliberación democrática dependen del contexto sociopolítico. Y ese contexto actual, en Colombia, sigue siendo de grave exclusión social, inequidad, violencia sociopolítica y pobreza, con importantes asimetrías entre los actores que vienen dialogando en torno a la implementación de los fallos, y con importantes falencias en el soporte institucional encargado de materializar los derechos sociales. Por ello, la Corte Constitucional debe seguir jugando un papel fundamental en la recomposición de las asimetrías de poder, el reconocimiento de los grupos de especial protección y la redistribución de la riqueza.

REFERENCIAS

Arango, R. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, CELS, Cedal.

Arango, R. y Lemaitre, J. (2003). *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*, Bogotá: Ediciones Uniandes, Estudios Ocasionales, CIJUS.

Cepeda Espinosa, M. J. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Cepeda Espinosa, M. J. (2007). Constitución y economía: las premisas equivocadas del debate. *Polémicas constitucionales*. Bogotá, Legis.

Chinchilla, T. E. (1999). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Bogotá: Temis.

Daniels, N. (2000). Accountability for reasonableness. *BMJ* 321: 1300-1301.

Daniels, N. (2008). *Just health: Meeting health needs fairly*. Nueva York: Cambridge University Press.

Feeley, M. y Rubin E. (1998). *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*. Nueva York: Cambridge University Press.

Gianella Malca, C., Parra Vera, O., Yamin, A. E. y Torres Tovar, M. (2009). ¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. *Health and Human Rights: An International Journal* 11.

Gloppen, S., Wilson, B., Gargarella, R., Skaar, E., Kinander, M. (2010). *Courts and Power in Latin America and Africa*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Osuna Patiño, N. (2007). La tutela de derechos por conexidad. En M. J. Cepeda, Eduardo Montealegre (dirs.) y Alexei Julio (coord.), *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Parra Vera, O. (2003). *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003.

Procuraduría General de la Nación y Dejusticia (2008). *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*. Bogotá: PGN y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Rodríguez Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Vol 89 (7).

Rodríguez Garavito, C. A. y Rodríguez Franco, D. (2010). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic y C. Rodríguez Garavito, *Derechos Sociales: Justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, UDP.

Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, 117, 1015-1091.

Santamaría, M. y Perry, G. (2008). El fallo de

la Corte sobre salud: la Trinidad imposible. *Economía y Política* 46. Bogotá: Fedesarrollo.

Syrett, K. (2007). Law, legitimacy, and the rationing of health care. *Cambridge Law, Medicine and Ethics* 6. Nueva York: Cambridge University Press.

Uprimny Yepes, R. y Sánchez, N. C. (2010). Juzgar y medir. El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana. En V. Abramovich y L. Pautassi, *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.

Uprimny, R. (2000). Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC. *Pensamiento Jurídico*, 13 y 14. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2008). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldivar (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. México: UNAM.

Uprimny, R. y Rodríguez Franco, D. (2008). Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. *Observatorio de la Seguridad Social* 18. Medellín: Universidad de Antioquia.

Uprimny, R., Jaramillo, J. F. y Guarnizo, D. Intervención judicial en cárceles. Recuperado en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=181.



Yamin, A. E. y Gloppen, S. (Eds.) (2011). *Litigating Health Rights: Can courts bring more equity to health*. Cambridge: Harvard University Press.

Yamin, A. E. y Parra Vera, O. (2010). Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates. *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2).

Magdalena Correa Henao

Abogada, Universidad Externado de Colombia (UEC), 1990; especialista en Derecho Administrativo, UEC, 1991; especialista en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; Magister en Gestión y Administración públicas, Universidad de Amberes (Bélgica), 1995; Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2005. Profesora del Departamento de Derecho Constitucional UEC desde 1991 hasta la fecha. Oficial Mayor, Tribunal Administrativo de Cundinamarca 1990- 1991, Abogada consultora del ISS, ICFES, Registraduría Nacional del Estado Civil. Comisión Andina de Juristas, ESAP, (1992-1995/1997-1999); Director legal, Contraloría Distrital de Bogotá (1996-1998). Asesora en Responsabilidad Social Empresarial, 2005-2008; Magistrada auxiliar, despacho Juan Carlos Henao, Corte Constitucional (2009 hasta la fecha).



Minorías, derechos y desarrollo: vanidad constitucional y otras realidades

Por: Magdalena Correa Henao

INTRODUCCIÓN

En este breve documento se expone la ordenación constitucional de la noción (inmensa) de minorías, así como los avances y retrocesos de su desarrollo y aplicación durante los 20 años de vigencia de la Constitución de 1991. Un apretado resumen de lo que ha pasado con la gran vanidad (o el gran mérito) de esta Carta, de ser incluyente, de partir no ya del supuesto de la unicidad sino de la pluralidad y de tener en la diferencia entre los sujetos, una condición para ser tanto realzada como combatida por el Derecho, por positiva, natural y dignificante o por negativa, impuesta y discriminatoria.

La presentación y los avances se formulan desde el Derecho y del uso, lo más responsable posible, de las fuentes Constitución, ley y jurisprudencia¹. Mas los retrocesos, en general difíciles de

divisar desde el discurso jurídico expuesto, se sustentan con otro tipo de información que da cuenta, a lo bruto, de la ineficacia de ese derecho de las minorías, de la inoperatividad de las garantías de los ámbitos intangibles de libertad, o de los imperativos de igualdad y prestación previstos para ellas.

Por ello el artículo se estructura de esta manera: **I) El discurso constitucional.** Se expondrán los preceptos constitucionales que han previsto la noción de minoría, a través del reconocimiento de lo plural, lo igual y lo desigual, diferente o diverso; **II) Los avances.** Se relacionarán algunas de las leyes y a grandes líneas² la jurisprudencia constitucional que reflejan el impacto que en el Derecho del Estado, han tenido las normas de la Constitución sobre minorías de género, étnicas y culturales, por edad, condición física y orientación sexual o identidad de género diversa; **III) ¿Los retrocesos?** Se presentará información que evidencia aspectos de la situación de las minorías señaladas y la eficacia o ineficacia de la Constitución de 1991 en esta materia. Al final, unas conclusiones.

1 Vista la extensión máxima autorizada, la identificación de las leyes opera, antes que sobre los contenidos específicos de sus disposiciones, sobre su temática. Es decir que su mención no estima la constitucionalidad de los preceptos de cada ley citada, ni se efectúa una relación exhaustiva de todas las disposiciones legales existentes sobre el asunto. Lo que se destaca es en general, que tanto las leyes internas y como las que adhieren a tratados públicos, todas buscan a grandes líneas, hacer efectivos derechos fundamentales de las minorías. En cuanto a la jurisprudencia, sólo se revisa la constitucional que es sin duda la más destacable, sin que ello suponga negar que puedan existir decisiones destacables sobre minorías en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

2 En efecto, lastimosamente no será posible detenerse ni siquiera en la presentación de los casos más relevantes de las sentencias que se mencionan, no obstante ser un ingrediente esencial para el entendimiento de esta fuente del derecho.

EL DISCURSO CONSTITUCIONAL. LA VISIBILIDAD DE LAS MINORÍAS A ARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Como el reconocimiento del pluralismo es una de las señas de identidad del proceso constituyente y del Estado que se diseña desde el artículo 1º CP, así también lo es el de las minorías y la protección especial que reciben desde otros muchos preceptos constitucionales, de su componente dogmático y también de sus definiciones organizativas del Estado como aparato.

En el **componente dogmático** de la Constitución aparece desde el **preámbulo**, cuando se habla de uno de los fines que el pueblo colombiano, representado por su Asamblea Nacional Constituyente, busca asegurar: “la convivencia... la igualdad... la libertad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

Igualmente se aprecia en su reiterada mención dentro de los **principios fundamentales** como muestra de la importancia que posee para el Constituyente y para la realidad colombiana. Así, en el **artículo primero**, cuando se habla de “Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República (...) democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana”; en el artículo **segundo**, como “derecho de igualdad que constituye uno de los fines esenciales del Estado”; en el artículo **quinto** cuando establece que el Estado “reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)”. También en el artículo **séptimo** al afirmar que el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, en el **octavo** al señalar como obligación del mismo y también de las personas, el proteger “las riquezas culturales y naturales de la Nación” y en el **décimo**, al incluir junto con el castellano, también a las “lenguas y dialectos de los grupos étnicos”, como “ofi-

ciales en sus territorios” y como lengua que debe hacer parte de “la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas”. Esta reiterada protección de la igualdad pero también de las desigualdades, en particular con relación a las minorías étnicas y culturales, se completa con otro principio axial de la Carta, proveniente de la cláusula del Estado Social de Derecho (artículo primero de la Constitución), previsto en el artículo 13, por el cual se definen desde la Constitución a la igualdad y los deberes correspondientes del Estado, como i) igualdad formal ante la ley, ii) prohibición de la discriminación negativa, iii) deber de igualdad de trato y finalmente iv) igualdad material.

Ahora bien, aunque no es posible establecer en este sitio una definición de minoría, concepto cuyo significado ha tenido gran debate en la doctrina³, la idea de minorías que se reconoce desde la Constitución, puede incluir elementos como el ser voluntaria o involuntaria, garante de la libertad o garante de una igualdad mínima y por consiguiente meritoria de trato igualitario o de prestaciones y discriminaciones positivas. Esto se aprecia muy bien en el artículo 13, del que se desprenden al menos dos tratamientos constitucionales a la igualdad y por tanto a la diferencia: uno proveniente de la asociación entre igualdad y libertad individual: ser iguales en cuanto a ser libres para, entre otras, trazar la diferencia; otro según el cual la igualdad también incluye una obligación especial en cabeza del Estado para eliminar las discriminaciones y reducir el impacto o la existencia de ciertas diferencias no voluntarias pero que sí repercuten en la dignidad de los sujetos que las evidencian.

3 Véanse, por ejemplo: Comanducci, P. (2000). Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado. En Carbonell, Miguel et al. Constitucionalismo, minorías y derechos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 194 y ss; Gargarella, R. (1997). Crisis de la representación política. México, Fontamara.



En cuanto a los elementos libertarios de la desigualdad, se destacan aquí las minorías constituidas a partir del ejercicio de las libertades generales, intelectuales, espirituales, comunicativas, cuyo fundamento constitucional se integra por el artículo 13 C.P.; derecho de igualdad ante la ley y los artículos 16, 18 19 y 20 C.P. que consagran en su orden, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que garantiza las libertades de conciencia, cultos⁴ y de expresión, recibir información y suministrarla. Las diferencias que se tracen en la conducta de los sujetos, su forma de pensar, sus elecciones y manifestaciones externas merecen el mismo respeto que otras, lo que lleva como consecuencia un trato igual en términos de inmunidad o no interferencia, tan sólo con las limitaciones proporcionadas y razonables establecidas por la ley. De la aplicación de este principio de igualdad, o de desigualdad se deriva la formación de minorías como las políticas, las religiosas y en cierta medida, las minorías determinadas por la orientación sexual o identidad de género diversa. Las primeras, **minorías políticas** propiamente dichas, reconocibles como las que desarrollan su actividad como el grupo menos representado en las instancias de decisión política democráticamente elegidas. A ellas se refiere el artículo 112 C.P.⁵, se garantiza el derecho de los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica, “a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos”⁶. En lo demás, se ha alterado la noción constitucional de minoría con representación o parlamentaria, en las corpora-

ciones públicas de elección popular, al haberse modificado, en especial en los Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009, el sistema electoral para elecciones plurinominales en el cual se busca favorecer los partidos políticos mayoritarios, de modo que la relación con las minorías se simplifica⁷. Sobre la libertad de cultos, dentro de la cual se encuentra la libertad religiosa, se precisa en el inciso 2º del artículo 19 C.P., que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. No hay referencias expresas, a la orientación sexual diversa y a la hoy conocida como población LGBT.

Y desde la noción de igualdad material y la prohibición de discriminación, las minorías específicas e involuntarias⁸. Aunque no se trata de un listado cerrado, se aprecian al reconocerse expresamente la igualdad de derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Y también cuando se consagra la igualdad material respecto de los grupos discriminados o marginados, o la protección especial de las personas en condición económica, física o mental, que se encuentran en debilidad manifiesta. De todas ellas, sólo se aludirá a algunas que cuentan con un desarrollo específico en la Constitución, como es el caso de las mujeres, los grupos étnicos y los afrodescendientes, los ancianos, los discapacitados, minorías involuntarias a las que se sumará el caso de la población LGBT como grupo minoritario tradicionalmente discriminado, que puede ser explicado como una opción del libre desarrollo de la personalidad pero también

4 Se incluye allí también la libertad al no culto prevista frente al derecho a la educación que aparece en el artículo 68 y por la que, al menos en los establecimientos del Estado, ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

5 Modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 del 3 de julio de 2003.

6 Véase al respecto la sentencia C-122 de 2011.

7 Véase Vanegas, P. P. (2008). Estudios de Derecho Electoral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

8 Esto por ser naturales y hacer parte de la esencia de cada sujeto, o por imponerse aun contra el consentimiento por factores externos capaces de marcar una diferencia, minorías que por unas u otras razones y sólo por ellas, son excluidas por la sociedad e ignoradas por el derecho.

como una condición natural digna de respeto, igualdad de trato y no interferencia.

No sobra agregar, por último, que a esta extensa referencia constitucional, se deben agregar de un lado, otras **normas de carácter orgánico** y que son parte de las herramientas del Estado para cumplir con sus obligaciones en estas materias⁹ y de otro, las muchas normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por vía del **artículo 93** de la Constitución, han vinculado a Colombia en el respeto a la igualdad, en particular como forma de hacer efectiva o de dignificar la diferencia¹⁰.

9 Es el caso del Estatuto del Trabajo a ser expedido por el Congreso, en el que se contengan, entre otras, los principios de protección especial a la mujer y a la maternidad (artículo 53). Y el de la ley orgánica del ordenamiento territorial en la se contemplan por ejemplo las reglas de conformación de las entidades territoriales indígenas y los mecanismos de coordinación con las autoridades departamentales en las que se asienten sus territorios (artículo 329). También la función del legislador de establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (artículo 246). Y la ley del plan de desarrollo y las leyes anuales de presupuesto, encargadas de incluir como parte de los objetivos y de las inversiones y gastos del Estado, de los resultados concretos por alcanzar para facilitar el trato igual o desigual de las minorías (artículos 339 y 346), así como las leyes de intervención del Estado en la economía (artículo 150, numeral 21), que hagan posible el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (artículo 334). También el incluir a las entidades territoriales indígenas y a los resguardos dentro del sistema general de participaciones (artículo 356, modificado por el A.L. No. 4 de 2007).

10 Como fuentes del Derecho internacional de los Derechos Humanos, de carácter general, se destacan los siguientes tratados: Declaración Universal de DDHH.: artículos 2 y 7; Pacto Internacional de DESC.: artículo 2 numeral 2, artículo 4 numeral 1, artículo 20 numeral 2, artículos 26 y 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): artículo 2 numeral 2, artículos 3 y 7 literal A ordinal i, artículo 13 numerales 1 y 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 1 numeral 1, artículo 4 numeral 5, artículo 6 numeral 1, artículos 12, 13 numeral 5, 23 numeral 1, 24 y 27 numeral 1; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador': artículos 3, 6, 13 numerales 2, 17 y 18; Resolución 1904 'Declaración sobre la

Este extenso y definido sistema normativo constitucional explica con claridad la recurrencia al argumento de las minorías y del reconocimiento de la diferencia, en la agenda pública de las autoridades, de los despachos judiciales y de la actividad de grupos de interés que integran la sociedad civil. La palabra minorías está en la boca de la ley, del gobierno, de los jueces y de los ciudadanos.

AVANCES

La protección constitucional descrita, ha hecho posible que las minorías hayan sido categorías tenidas en cuenta por el Derecho y por los operadores jurídicos en sus decisiones a lo largo de estos años. Ello, tanto al identificar las variadas manifestaciones de la diversidad humana que trascienden la esfera individual y reclaman un tratamiento por parte del Estado que elimine o realce lo que la diferencia detectada implique, como al proteger determinados grupos considerados minoritarios, que reclaman especial protección: vrg. mujeres, comunidades indígenas y las comunidades o grupos de afrodescendientes, personas de la tercera edad, discapacitados.

El principio del que se parte es el de la igualdad ante la ley, en la medida en que las diferencias entre los sujetos, visibles en el caso de las minorías,

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial': artículos 1 y 2; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: artículo 1, 1, artículo 2; Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales: artículo 2 numeral 2, artículo 4 numeral 1. Normas de la OIT relativas a la discriminación: Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, 1951: artículo 1 literal b, artículos 2 y 3; Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958: artículos 1, 2, 4 y 5; Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981: artículo 3; Convenio 169: artículos 1, 22, 23, 26; Declaración de Durban, proclamada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas de Intolerancia; la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.



no ameriten trato distinto¹¹ y al contrario éste se estime sospechoso en sí mismo¹². Otra cosa es que existan razones que justifiquen y hagan legítimo y necesario un trato diferenciado, por causa de las condiciones especiales del sujeto o del grupo (su debilidad manifiesta), que restan validez a la norma general y hacen exigible otros derechos u otras prerrogativas, que tienden a favorecer sus posiciones jurídicas de cara a otros sujetos. Esto último, a fin de equilibrar al menos en los mínimos, las capacidades individuales y colectivas para desarrollarse con libertad o autonomía¹³.

El Derecho colombiano positivo y sobre todo el Derecho jurisprudencial, han construido un sistema de normas que tiende a eliminar y restringir los efectos de toda forma de discriminación¹⁴, en particular la que se produce sobre personas que poseen unos rasgos permanentes, de las cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad

y por las cuales en razón de estereotipos o prejuicios sociales, se han visto sometidas históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas¹⁵. Se destacan aquí sólo seis de ellas.

Las minorías derivadas del género

Un primer ámbito en el cual no cabe duda del efecto de la Constitución sobre el Derecho colombiano, se encuentra en la protección de la mujer como grupo *minoritario*¹⁶.

Ciertamente el Estado había reconocido de tiempo atrás un instrumento internacional de protección a la mujer¹⁷, pero desde 1991 y la pro-

11 Véanse vrg., sentencias T-267 de 2010; T-247 de 2010; C-431 de 2010; C-121 de 2010; C-242 de 2009; T-1248 de 2008; T-1248 de 2008; T-1105 de 2008; C-540 de 2008; T-889 de 2007; C-989 de 2006; C-928 de 2006; C-534 de 2005; C-1176 de 2005; T-468 de 2003; T-461 de 2003; SU975 de 2003; C-913 de 2003; T-772 de 2002; T-114 de 2002; C-673 de 2001; T-1752 de 2000; C-113 de 2000; C-106 de 1995 y T-230 de 1994.

12 En estos casos, el juicio mixto o integrado de igualdad, se ha aplicado de la manera más intensa, de modo que se explique cabalmente la finalidad, idoneidad y necesidad de la medida, como su proporcionalidad propiamente, esto es, el beneficio concreto causado por la diferencia que se crea. Véanse sentencias T-500 de 2002; T-340 de 2010. Véanse también sentencias C-075 de 2007; C-811 de 2007; T-798 de 2008; T-978 de 2008; C-029 de 2009; T-839 de 2009; T-629 de 2010 y T-876 de 2010, entre muchas.

13 Por ejemplo, en sentencias T-441 de 1992; C-546 de 1992; T-567 de 1992; T-432 de 1992 y C-013 de 1993; T-510 de 1993; T-643 de 1998; C-681 de 2003; C-1064 de 2001; C-1107 de 2001; C-836 de 2001; C-247 de 2001; C-566 de 2003; C-796 de 2004; C-180 de 2005; C-044 de 2004; C-242 de 2006; C-540 de 2008; C-932 de 2007; T-1248 de 2008 y T-262 de 2009.

14 Véase sentencia T-340 de 2010.

15 Véanse sentencias T-098 de 1991; C-481 de 1998; C-371 de 2000 y T-1090 de 2005.

16 En esa particular forma que tienen algunas minorías, de ser mayoritarias en número, pero minoritarias en derechos. Por esto Prieto Sanchís, al intentar establecer los rasgos característicos de una minoría señala que “se trata de una colectividad humana diferenciada dentro del territorio del Estado presumiblemente minoritaria en número y, desde luego, que se halla en posición no dominante. En realidad, el elemento cuantitativo resulta secundario y así, por ejemplo, cabe decir que bajo el régimen de apartheid en Sudáfrica la mayoría negra fue también una minoría [...]. Lo que importa es, en consecuencia, que la colectividad no ejerza un papel dominante, que su religión, sus costumbres e instituciones, en suma, que su cultura resulte distinta y disidente frente a la que domina.” En: Prieto Sanchís, L. (1994). *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*. Doxa, Universidad de Alicante, N. 15-16 (1994), pp. 367-387. A su vez, Roberto Gargarella señala que uno de los criterios de determinación de las minorías radica en la falta de poder de un grupo determinado, así, se alude con el concepto de minorías a grupos numéricamente pequeños (como los homosexuales) o a grupos que numéricamente sean mayoritarios pero políticamente débiles, es decir, desprovistos de poder efectivo, cuál sería el caso de las mujeres. Cfr. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n. 6, ITAM. México, abril (1997), pp. 55-70, y *Crisis de representación y constituciones contramayoritarias*. *Isonomía*, n. 2. ITAM. México (1995), pp. 89-108. Sobre minorías mayoritarias, Cfr. De Lucas, J. Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. *Especial atención a la situación en Europa*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N. 15 (1993). Madrid; pp. 101 y ss.

17 “Convención sobre la eliminación de todas las

tección constitucional dispuesta a favor suyo¹⁸, las medidas legislativas al respecto van en incremento. Así, junto con la incorporación en el Derecho interno de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994¹⁹, también se han introducido leyes destinadas a reconocer la posición de madre cabeza de familia, como sujeto de protección laboral reforzada, así como penal²⁰.

formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de julio de 1980; ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

18 Así en artículo 43 de la Constitución, al establecer la regla de la igualdad de trato frente al hombre, pero también el derecho a un trato desigual que la discrimine positivamente bien por estado de embarazo, lactancia o por ser madre cabeza de familia. En el artículo artículo 40 infine, que garantiza la adecuada y efectiva participación de la mujer “en los niveles decisorios de la administración pública”. En los artículos artículos 53 y 54 C.P. al incluir a las mujeres dentro de los sujetos de la protección laboral especial.

19 Ratificada por el Congreso mediante la Ley 248 1995, y revisada en su constitucionalidad por la sentencia C-408 de 1996.

20 Se habla de la Ley 82 de 1993, con la cual se expidieron normas “para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, posteriormente reformada mediante Ley 1232 de 2008. Esta misma condición sirvió de base para su inclusión dentro de la figura del “retén social”, una garantía de estabilidad laboral reforzada durante los procesos de reestructuración administrativa prevista en la Ley 812 de 2003, como figura estimada conforme a derecho, en razón de la especial protección que la mujer merece, no sólo por la tradicional sujeción y discriminación a la que ha sido sujeta, sino también con motivo de las transformaciones socio económicas y en la estructura de la familia colombiana que ha producido entre otras la violencia. Véanse sentencias C-991 de 2004 y SU-388 de 2005. Y como resultado de la preocupante situación de violencia que sigue afrontando la mujer al interior del hogar, al igual que dentro del conflicto interno colombiano, se dictan una serie de normas preventivas y represivas destinadas a garantizar la protección de su integridad física y moral (leyes 294 de 1996, 575 de 2000, 882 de 2004 y finalmente 1142 de 2007). También se han dictado normas cuyo objetivo principal ha sido el establecimiento de condiciones de equidad en el campo laboral (el caso de la Ley 823 de 2003 por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres; la Ley 731 de 2002 que tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales,

Pero ha sido la jurisprudencia constitucional la que con mayor consistencia ha visto por las mujeres como sujetos de especial protección y de acciones afirmativas del Estado, para el acceso a determinados bienes²¹ y para alcanzar diversos resultados²², como forma de eliminar las discriminaciones abiertas creadas por las normas jurídicas o por las estructuras que articulan el funcionamiento de la sociedad (empresas, hogares). En este orden se han producido reiteradas decisiones en las que se determinan como formas de atender las necesidades de la minoría de mujeres, el tener derecho a una posición jurídica diferente a la de los hombres²³, para enderezar las cargas²⁴ o aminorar o neutralizar²⁵ en cualesquiera de sus formas o manifestaciones²⁶, el efecto nocivo de las prácticas sociales que las han ubicado en posiciones desfavorables²⁷. Lo

priorizando las de bajos recursos y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural; y la Ley 581 de 2000 por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público). Y además, disposiciones destinadas a asegurar la protección de la mujer trabajadora en estado de embarazo o lactancia (Ley 1468 de 30 de junio de 2010, resultado, en parte, del precedente trazado por la jurisprudencia constitucional). Véanse sentencias T-426 de 1998; T-568 de 1996; C-710 de 1996; C-470 de 1997; T-160 de 2006). Incluso se ha creado recientemente al interior del Congreso, la comisión legal de equidad de la mujer (Ley 1434 del enero de 2011).

21 Véase sentencia C-964 de 2003.

22 Véanse sentencias C-410 de 1994, C-112 de 2000 y C-371 de 2000.

23 Véanse sentencias T-326 de 1995; T-026 de 1996; C-082 de 1999; T-624 de 1995; T-098 de 1994; C-112 de 2000 y C-622 de 1997.

24 Véase sentencia T-098 de 1994.

25 Véase sentencia C-410 de 1994.

26 Véase sentencia C-408 de 1996.

27 Véanse sentencias C-507 de 2004; C-371 de 2000



anterior, sin pretender con las mismas perpetuar la condición de debilidad²⁸ a través de medidas de discriminación negativa indirecta que den lugar a la sobreprotección, pues el objetivo perseguido es alcanzar la «igualdad real y efectiva»²⁹, habilitar a las mujeres de modo tal que puedan desempeñarse en condiciones de dignidad pero libremente. También cuando se ha establecido que sin existir razones efectivas para un trato diferenciado, el género se convierte en criterio sospechoso de adjudicación de una determinada protección jurídica³⁰ y en consecuencia lo que corresponde *prima facie* es el establecimiento de un trato jurídico igualitario³¹, como imperativo que vincula incluso tradicionales ámbitos de la autonomía de los particulares en sus relaciones laborales y empresariales³².

Minorías indígenas

Dentro de las minorías visibles en la Constitución, es ésta la de más extendido reconoci-

miento³³ y además, la más significativa, dadas las concepciones que antecedian en el trata-

y C-408 de 1996. Igualmente debe destacarse el Auto 092 de 2008, en el que como auto de seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, destaca el impacto desproporcionado cuantitativa y cualitativamente que el desplazamiento forzado y el conflicto armado ha tenido sobre las mujeres y por lo cual se imponen medidas urgentes y de protección especial por parte del Estado.

28 Véanse sentencias C-622 de 1997 y T-026 de 1996; T-326 de 1995; T-026 de 1996; C-309 de 1996 y C-410 de 1996.

29 Véanse, por ejemplo, sentencias C-371 de 2000 y C-534 de 2005.

30 Así en sentencias C-622 de 1997 y T-026 de 1996.

31 Véanse sentencias T-098 de 1994 y T-247 de 2010.

32 En donde se niega la libertad de disposición del recurso humano a la empresa, para distinguir entre los sexos para desarrollar actividades, en tanto la misma no responda de manera objetiva y esencial con los objetivos y finalidades legítimos para los que se haya dispuesto. Sentencia T-247 de 2010.

33 Como se vio, las minorías étnicas y culturales se preservan por los artículos 7º, 8º y 10 de la CP. También, al establecer en el artículo 63 que son bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables “(...) las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo”, una garantía que se refrenda en el artículo 329, con relación a los resguardos, al establecerlos como propiedad colectiva y no enajenable. Y desde los derechos económicos y culturales, con lo previsto en el artículo 72, al imponer una reglamentación de “los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”. Un conjunto de fórmulas de protección constitucional destinadas a salvaguardar del mercado, del tráfico jurídico, bienes relacionados con la riqueza cultural y natural existente al interior del Estado. También se ampara, en el régimen constitucional sobre el derecho a la educación, artículo 68, donde se dispone que los “integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”. Y, como forma de asegurar al menos una incipiente participación en los debates políticos al interior del Congreso, se previó en el artículo 171 C.P. la elección de dos senadores por la “circunscripción nacional especial para comunidades indígenas”. Y para la Cámara de Representantes se previó en el A.L. N° 03 de 2005 el posible establecimiento por parte de la ley de una circunscripción indígena. Así mismo, desde la perspectiva del ejercicio del poder autónomo reconocido, los artículos 329 y 330 en los que se dispone no sólo la conformación de las entidades territoriales indígenas según la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con delimitación de poderes, previa participación de las propias comunidades indígenas y la regla de coordinación con otros entes territoriales con los que se relacione, sino también el principio del pluralismo jurídico que permite, de conformidad con la Constitución y las leyes, un gobierno en los territorios indígenas. Gobierno representando en “consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”, con unas funciones específicas propias de los entes territoriales que deben preservar la realización de sus normas vinculantes y otras propias de los intereses generales del Estado. También se incluye dentro de las garantías de las comunidades indígenas (parágrafo artículo 330) la consulta previa para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y para excluir todo desmedro de la integridad cultural, social y económica de las mismas. En fin, está el artículo 246 al conferirse a las autoridades de los pueblos indígenas, el poder de “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”, ello i) “de conformidad con sus propias normas y procedimientos” y ii) siempre que “no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, una condición que con la interpretación dada por la Corte constitucional, ha servido para la introducción más bien cierta del pluralismo jurídico.

miento de estos pueblos y comunidades³⁴. Su introducción en el Derecho y por consiguiente en la actuación del Estado y de los particulares, ha operado desde la legislación, pero muy en particular desde el activismo judicial de la Corte Constitucional. Un importante avance que antecede en poco a la Constitución, fue la **Ley 21 de 1991**, por la cual se incorporó en el Derecho interno la Convención 169 de la OIT³⁵, que entre otros derechos incluyó la consulta previa con dichos pueblos para las actuaciones que puedan afectar sus intereses legítimos y sus territorios. Esto, como forma de preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y su propia subsistencia como grupo³⁶.

En desarrollo de lo anterior, se han producido a lo largo de los años leyes de diversa índole, como de carácter ambiental, sobre minas, sobre el sistema general de seguridad social en Colombia y la reparación de las víctimas, en las que se ha incluido como requisito de la actuación sobre intereses de las comunidades indígenas, la consulta previa³⁷.

Pero la fuente que con mayor rotundidad ha construido un discurso de protección de las minorías étnicas y culturales indígenas, ha sido de nuevo la jurisprudencia constitucional. En ella se aprecia una larga historia de pronunciamientos³⁸ que, en general³⁹ y de manera cada

34 La transformación del concepto jurídico sobre estas minorías, sus derechos y dignidad, no deja de ser sorprendente cuando se observa, vrg. que al momento de ser expedida la Constitución, se encontraba vigente la Ley 89 de 1890, por la cual se determinaba “la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, cuyos artículos 1º, 5º y 40 sólo fueron declarados inexecutable mediante la sentencia C-139 de 1996, entre otras razones por responder a una política integracionista, sentada en una “concepción ética universalista que consideraba lo diferente como incivilizado”, contraria como resulta evidente a los postulados constitucionales de respeto a la diversidad que arriba se reseñan.

35 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en la cual se ordena expresamente que dicha consulta previa debe operar “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas” (artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 OIT).

36 De manera más específica el artículo 15 numeral 2 del Convenio 169 OIT, ordena que “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras [...]”. En el mismo sentido dispone el artículo 17 numeral 2 “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”. Esto a manera de ejemplo, ya que también prevén la consulta el artículo 22 refiriéndose a la situación en la

que se pretendan promover programas especiales de formación; el artículo 27 al señalar la posibilidad de crear instituciones educativas y medios de educación y el artículo 28 cuando se trate de la enseñanza en una lengua no nativa.

37 Se hace referencia a la Ley 99 de 1993, que establece el Sistema Nacional Ambiental, en particular el artículo 76 cuando dispone que “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”. También en la Ley 685 de 2001 sobre el nuevo Código de Minas a través de los procesos de integración cultural, cuando en el artículo 35, al establecer las zonas de minería restringida en las cuales se pueden adelantar trabajos de exploración y explotación (lit.f), reconoce las zonas mineras indígenas donde tales procesos podrán ocurrir, siempre y cuando se adelante la consulta previa para que los grupos étnicos tengan las respectivas oportunidades para conocer, revisar y debatir sobre el tema puesto a su consideración y decidir libremente si ejercer o no su derecho de preferencia. También cuando en la Ley 691 de 2001, se reglamenta la participación de los Grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia. Y de modo reciente, cuando se incluye la consulta previa, también frente a las diferentes medidas que represente la aplicación de la ley de víctimas, Ley 1448 de de 10 de junio de 2011.

38 Desde las sentencias T-428 de 1992, C-139 de 1996, SU-039 de 2007, SU 510 de 1998, por ejemplo.

39 No pareciera ser fortuito que la única excepción relevante a esta vocación garantista, se encuentra justamente



vez más decidida, han venido a reconocer a las comunidades indígenas un conjunto de derechos, con los que al mismo tiempo se protege su identidad y la calidad de sus relaciones con el Estado y el resto de la comunidad⁴⁰. En especial, ha fortalecido cada vez más a la figura de la **consulta previa** de las comunidades indígenas, como condición habilitante para el trámite de leyes destinadas a la explotación de los recursos naturales de diversa índole⁴¹, que se configura como un verdadero régimen jurídico de requisitos por reunir⁴², para estimarla como un

efectivo procedimiento-garantía que resuelve, conforme a la Constitución, la tensión existente entre i) el principio de protección de la diversidad étnica y cultural y los derechos colectivos (e individuales) de las comunidades indígenas y ii) los muy diversos intereses generales que representa el Estado, relacionados entre otros, con la búsqueda del desarrollo, el crecimiento de la productividad y la competitividad, la ocupación plena del recurso humano⁴³.

en la sentencia C-339 de 2002 que declaró exequibles algunas disposiciones de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), sin considerar suficientemente la importancia de preservar los recursos naturales protegidos por las comunidades indígenas. Véase Herreño Hernández, A. L. (2004, agosto). Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia. El otro derecho, número 31-32, ILSA, pp. 247-272.

Junto con los anteriores, la jurisprudencia constitucional también ha velado por proteger la autonomía de las comunidades indígenas en otros ámbitos propios de su cosmovisión, como para disponer su propio orden social, cuya validez y eficacia normativa se determina dentro de los amplios límites que determina el principio de maximización de la autonomía y las restricciones específicas reconocidas por la jurisprudencia⁴⁴. Un

40 A modo de ejemplo, en la construcción del concepto de la autonomía de las comunidades y derechos fundamentales colectivos, la sentencia SU-039 de 1997; respecto del ejercicio de gobierno y la jurisdicción indígena T-254 de 1994; las sentencias C-139 de 1996 y T-428 de 1992, en cuanto al principio de maximización de la autonomía indígena y minimización de las restricciones para juzgar a sus propios miembros. Sobre el derecho a la formación de resguardos como elemento esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes, sentencias T-342 de 1994; T-188 de 1993 T-342 de 1994 y T-652 de 1998. En torno al derecho colectivo a la subsistencia como derecho deducido directamente del derecho a la vida y de especial protección por tratarse de comunidades indígenas específicamente; y la propiedad colectiva de los recursos naturales, sentencia T-380 de 1993.

rativo para todas las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente o tengan incidencia sobre la vida de las comunidades indígenas y afrodescendientes; iii) las condiciones y etapas que debe cumplir para convertirse en cierta garantía de los derechos fundamentales colectivos que se encuentran en juego, como iii.i) el acceso a información suficiente, completa y precisa, iii.ii) la procura de acuerdos concertados y, en su defecto, iii.iii) con decisiones en las que pueden preponderar los intereses nacionales, si y sólo si se garantizan los derechos a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud de las comunidades y las imposiciones que sea necesario establecer, respondan a parámetros objetivos, sean necesarias y ponderadas en cuanto supongan a la vez, el menor perjuicio y el mayor beneficio posibles.

41 Por ello, mediante sentencias C-030 de 2008; C-175 de 2009; C-702 de 2010 y C-366 de 2011, se han declarado inexecutable, en su orden, la Ley General Forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural, el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009 y la Reforma al Código de Minas. Véanse también T-129 de 2011.

43 No se agota allí el derecho participación de las comunidades indígenas frente al Estado, que también incluye el derecho a elegir sus representantes, de conocer las iniciativas legislativas en trámite, de participar en el debate político, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias e instaurar medidas, al igual que mediante la actuación de los representantes elegidos por la circunscripción especial indígena, como voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión.

42 Así se destaca en la sentencia C-175 de 2009, donde, como marco para analizar el proceso de consulta previa surtido para la expedición de la ley por la cual se estableció el Estatuto de Desarrollo Rural, definió: i) los fundamentos de la consulta en sí misma; ii) su carácter impe-

44 Protección del derecho a la vida (C.P., artículo 11), prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud.

poder de su Derecho que determinará con base en el fuero objetivo, pero también personal y/o territorial⁴⁵ con el cual se determina al poder de la autoridad indígena para administrar justicia.

También al analizar las características específicas de la responsabilidad penal de los miembros de las comunidades indígenas, o su sistema económico de retribución y distribución⁴⁶, o las obligaciones del Estado de ofrecer un trato igual pero con reconocimiento de ser sujetos de especial protección, cuyo patrimonio cultural⁴⁷, cuyos territorios, cuya fragilidad, imponen mayores cargas para el Estado

vidud (C.P., artículo 17;) legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29), como derechos sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural y que resultan intangibles también para las culturas indígenas. Véanse sentencias T-617 de 2010, T-973 de 2009, T-349 de 1996.

45 Definió la Corte en sentencia T-728 de 2002 el fuero como “el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad.” Es decir, que se trata de un derecho a favor de los miembros de las comunidades, pero también es herramienta de identidad y preservación cultural. Sobre el punto, cfr. sentencias T-496 de 1996, T-552 de 2003 referidas a los factores personal y territorial por los cuales el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad y cada comunidad puede juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas; sentencia T-552 de 2003 que incluyó el factor objetivo en la definición del fuero indígena como el referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva y acerca de los criterios a tener en cuenta para determinar la pertenencia a la comunidad sentencias T-266 de 1999, T-1294 de 2005, T-009 de 2007.

46 Véanse sentencias T-496 de 1996 y T-009 de 2007.

47 La Corte recordó en la sentencia C-175 de 2009, que:“(i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales; y agregó que ese reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas de gran alcance, entre las que cabe

en la ejecución de sus obligaciones prestacionales⁴⁸. A estas posiciones jurídicas se suman las que incluyen la garantía contra toda forma de discriminación que olvide su necesidad de comunicarse y existir a través de su propia lengua⁴⁹.

Negritudes o afrodescendientes

Es esta la otra minoría étnica y cultural a que se refiere la Constitución, aunque con menos brillo respecto de lo establecido para las comunidades indígenas⁵⁰, no obstante su importancia numérica dentro de la población colombiana⁵¹. A su vez, el

destacar; (iv) el rango de norma constitucional de esos derechos; (v) la procedencia de la acción de tutela para su protección; y (vi) la necesidad de que los conflictos entre estos derechos y los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una comunidad indígena se resuelvan mediante ponderación o reiteración de las subreglas sentadas por esta Corte, y no mediante el principio de jerarquía normativa”. Y al ser reconocidos como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, se reconoce la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas, además de la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía, bien por la presión sobre la explotación de sus recursos, bien por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes. Sobre este último particular, se destaca el Auto 004 de 2009 en el que la Corte aborda el riesgo del exterminio de algunas comunidades, bien desde el punto de vista cultural por el desplazamiento y dispersión de sus miembros, bien desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes, frente a lo cual se adoptan medidas de distinta naturaleza.

48 Véanse sentencias T-482 de 1992 y T-235 de 2011.

49 Véase sentencia T-384 de 1994.

50 En particular en el artículo 55 transitorio de la Constitución, que ordenó la expedición de una ley que reconociera a las comunidades negras que han ocupado históricamente tierras baldías, a los efectos de reconocer el derecho a la propiedad colectiva, así como proteger su identidad.

51 Según el Censo de 2005, equivalente al 10,6% de



desarrollo legal y jurisprudencial se ha producido sustancialmente a los efectos de garantizar el derecho individual de los afrocolombianos, a ser tratados por igual, o, en su caso, el derecho a ser diferenciados dada las condiciones de vulnerabilidad extrema en las que viven. Por su parte, en cuanto a los derechos colectivos fundamentales, no hay solidez en el discurso, entre otras razones porque las comunidades afro son difíciles de identificar e, incluso, ampliamente debatidas por sus propios miembros.

No obstante, se destaca la Ley 70 de 1993 que dispone el expreso reconocimiento de los derechos de las comunidades negras sobre la tierra y también de su enorme riqueza cultural, de su autonomía y en su defecto, del derecho a la participación en las decisiones que los afectan en diversos ámbitos como la planeación, el presupuesto y los procesos educativos⁵².

Por su parte, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en proteger a los afrodescendientes de medidas discriminatorias del Estado y de los particulares, así como de proteger sus derechos i) a la representación política, ii) a la salvaguarda de su patrimonio cultural, iii) a una identidad que los diferencia en su valor propio y específico, iv) a la propiedad, resultado de su ocupación ancestral, al igual que como reparación ante la marginación social de la que han sido víctimas⁵³. A este respecto, de gran trascendencia ante la opinión pública han sido los pronunciamientos en los cuales se ha protegido a la persona perteneciente a tal minoría, de los actos discriminatorios efectuados

por particulares contra el rasgo distintivo de la afrocolombianidad⁵⁴ que le están vedados, como ocurre con el legislador, por considerarse criterio sospechoso de discriminación⁵⁵. En cuanto a las ventajas específicas definidas por su marginación, también han sido estimadas como instrumentos idóneos para restablecer la igualdad, o la libertad reconocida a las minorías en el desenvolvimiento de su cultura⁵⁶ e identidades objetivas o subjetivas⁵⁷, o para el desarrollo individual de sus miembros⁵⁸. Su protección colectiva e individual como comunidad o población discriminada, se ha dado en sustancia, en el marco del proceso de seguimiento de la tutela T-025 de 2004, por tratarse de un grupo grave y notoriamente afectado por el desplazamiento forzado⁵⁹.

Los discapacitados

Minoría involuntaria que se define con el rasgo específico de las limitaciones físicas o mentales de los sujetos que la integran y que también contempló la Carta de 1991⁶⁰. En atención a lo ante-

la población colombiana. Consultado en www.dane.gov.co.

52 También en la mencionada ley de víctimas de 2011, que las incluye como comunidades que deben ser consultadas previamente a la adopción de medidas de atención, asistencia y reparación, las cuales deberán ser específicas para atender cada diversidad concreta.

53 Por ejemplo sentencia T-422 de 1996.

54 Vid sentencia T-1090 de 2005.

55 Véanse sentencias T-098 de 1994 y C-481 de 1998.

56 Véanse sentencias T-955 de 2003 y T-1090 de 2005.

57 Véase sentencia C-169 de 2001.

58 Véase sentencia T-375 de 2006.

59 Véase Auto 384 de 2010 de la Sala de Seguimiento, Corte Constitucional.

60 En el artículo 47 se prevé el adelanto por parte del Estado, de “una política de previsión, rehabilitación e integración social” para personas con algún tipo de discapacidad y en el artículo 68 C.P., en cuanto al desarrollo del derecho a la educación donde se establece como una de las obligaciones especiales del Estado:“(…)la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales”. Hacen también parte de esta fórmula en procura de la

rior, el jefe de Estado y el legislador comenzaron por tratarlos como sujetos de especial protección, mediante la adhesión de las convenciones interamericana e internacional y también con las disposiciones del Derecho interno que tratan de manera directa y sistemática a esta minoría y a los derechos que genera su condición frente al Estado y también frente a los particulares⁶¹.

Y como se ha visto frente a las anteriores minorías, en este caso también es la jurisprudencia constitucional la que ha jugado un papel importante en la aplicación de medidas de trato igual, igualdad material, no discriminación y del *test* intenso y mixto de igualdad, como formas de incluir a esta minoría, ante la efectiva propensión social al rechazo por temor o desconfianza ante la dife-

igualdad de unas prestaciones o condiciones mínimas para el desarrollo en libertad de las personas con discapacidad, la protección laboral reforzada contemplada a su respecto, en los artículos 53 y 54 C.P.

61 Son ellas la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” de 1999, introducida en el derecho colombiano mediante la Ley 762 de 2002, y declarada conforme a la Constitución en sentencia C-401 de 2003 y la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de Naciones Unidas de 2006, y ratificada por nuestro país mediante la Ley 1346 de 2009, declarada exequible con sentencia C-293 de 2010. Así mismo, la Ley 361 de 1997, o ley de la discapacidad, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación. Adicionalmente se han expedido normas específicas en diferentes áreas, que incluyen garantías y discriminaciones positivas como la de la Ley 443 de 1998 que define normas de la carrera administrativa tendientes a garantizar en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que se encuentran limitados físicamente; la Ley 105 de 1993 que entre otras promueve el acceso al transporte de las personas con discapacidad física, la Ley 582 de 2000, por la que se establece el Sistema Deportivo Nacional de las personas con discapacidad. En materia de comunicaciones e información, se encuentra la Ley 324 de 1996, sobre normas a favor de la población sorda; la Ley 546 de 1999, por la cual se dictan normas en materia de vivienda y se dispone la obligatoriedad de disponer el uno por ciento (1%) de las viviendas construidas para la población con limitaciones.

rencia⁶². De nuevo hay aquí, acciones afirmativas que operan a través de la eliminación de barreras en los diferentes ámbitos en los que las personas discapacitadas pueden desplegarse como sujetos de derechos, pero sin paternalismo que anule el desarrollo de sus capacidades, o posiciones jurídicas de derecho a algo, que propendan por el abuso del derecho, ni a la imposición de exigencias extremas sobre los intereses generales⁶³. Tan sólo prácticas de inclusión que les permitan desarrollarse libremente⁶⁴ en el margen de sus estrictas limitaciones materiales, con instrumentos jurídicos que evidencien el reconocimiento de su dignidad como personas⁶⁵. Y como resultado de la especial protección que merecen como sujetos especialmente vulnerables, también para estos casos se ha previsto por una parte una aplicación menos rígida de las normas jurídicas que les obligan⁶⁶, por otra, una importante limitación de la autonomía de la voluntad de los particulares, en tanto que su ejercicio pueda significar exclusión o discriminación de los discapacitados por el simple hecho de su condición física o psíquica⁶⁷.

Adultos mayores, ancianos o de la tercera edad

Aunque la población colombiana es joven⁶⁸, no cabe duda que como toda sociedad, los adul-

62 Véase sentencia T-826 de 2004.

63 Véanse sentencias C-353 de 1994; T-446 de 1994 y C-804 de 2009.

64 Véase sentencia C-076 de 2006.

65 Véase sentencia C-072 de 2003.

66 Véanse sentencias T-777 de 2009 y T-200 de 2011.

67 Véase sentencia T-1118 de 2002.

68 El promedio de edad de los colombianos es de 29,4 años según datos del censo de 2005 del DANE.



tos mayores comienzan a ser una minoría cada vez más visible y que reclama de garantías y protección por parte del Derecho. Y aunque así quedó previsto en la Constitución con mandato específico y con previsiones expresas⁶⁹, es este quizás el ámbito en el que se ha desarrollado menos legislación, siendo relevantes tan sólo dos leyes destinadas a atender a la población mayor en estado de pobreza extrema o como forma de proveer una atención integral a sus necesidades⁷⁰.

También en este caso ha sido la jurisprudencia constitucional la que de manera más cierta, ha establecido subreglas para la protección de los sujetos que integran esta minoría. A este respecto un primer ingrediente que se destaca es la imposibilidad física y también legal (por la edad de retiro forzoso) para trabajar que los adultos mayores soportan, lo cual pone en riesgo sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y en definitiva al desarrollo de lo que resta de su existencia, en condiciones de dignidad humana⁷¹. Por ello mismo la Corte ha estimado que la

defensa de sus derechos y el ejercicio de sus posiciones jurídicas *iusfundamentales* deben estar sometidos a exigencias menores, por ser sujetos de especial protección⁷², hecho que determina el deber de la mayor diligencia posible por parte del Estado en la atención de sus derechos⁷³.

La población LGBT

Pero junto a las anteriores minorías expresas de la Constitución, también cabe destacar la minoría que integra esta población, cuya consagración constitucional sólo se encuentra implícita en la cláusula del Estado Social de Derecho pluralista, en los principios de igualdad, de prohibición de discriminación, en el libre desarrollo de la personalidad. Con ellas la jurisprudencia constitucional, paso a paso, ha ido construyendo una doctrina de inclusión de los miembros de la población LGBT dentro de los ámbitos de protección de los más de los derechos.

En efecto y ante el silencio del legislador, la Corte Constitucional colombiana comenzó por ver en la orientación sexual diversa manifestaciones de la libertad individual, que como opción personal debe ser inmune a las intervenciones del Estado y también de los particulares. De ese modo, cualquier trato diferenciado por esta única razón se considera *prima facie* como discriminatorio⁷⁴. No fue así con la pretensión de que les fueren reconocidos sus derechos como parejas, los cuales se comenzaron a admitir sólo has-

69 Se contempla en el artículo 46 C.P., que establece la concurrencia de obligaciones del Estado, la sociedad y la familia, con relación a las personas de la tercera edad, con garantía especial a cargo del primero, para otorgar “seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”. Así mismo, la garantía institucional prevista en el numeral 6° de ese artículo, según la cual se encarga al legislador el definir “los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”, ajuste que también se encuentra refrendado por el artículo 53 que atribuye al Estado la obligación de garantizar “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

70 Se habla en particular de la Ley 687 de 2001, por la cual se dictan medidas destinadas al recaudo de recursos encaminados a financiar el funcionamiento de centros de atención de personas de la tercera edad, en particular cuando a dicha condición se suma la pobreza por abandono o por imposibilidad de que la familia asuma los costos de su atención y manutención, de la Ley 1171 de 2007 por la cual se determinan unos subsidios a favor del adulto mayor y de la Ley 1276 de 2009 por la cual se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor.

71 Véanse sentencias C-458 de 1997; T-1008 de

1999 y T-548 de 2010.

72 Véanse sentencias T-111 de 1994; T-580 de 2005 y T-668 de 2007.

73 Véanse sentencias T-719 de 2003 y T-315 de 2011.

74 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-097 de 1994; T-539 de 1994; C-481 de 1998; C-507 de 1999 y T-618 de 2000.

ta 2007 en una decisión que inició el cambio de precedente a favor de la igualdad de trato en la protección patrimonial de la pareja⁷⁵, hasta llegar hoy muy recientemente⁷⁶ al reconocimiento del derecho a constituir una familia⁷⁷, que incluye el exhorto al legislador para que en dos años, “legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que (...) [las] afecta (...)”, y en cuyo defecto y vencido dicho término, podrán “acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”⁷⁸. Esto es, un derecho inclusivo que aunque mantiene el supuesto de la desigualdad, de que las parejas homosexuales no son iguales a las heterosexuales, a falta de razones que lo justifiquen, fuerza a proveer un trato jurídico análogo o asimilable.

75 En este año, con sentencia C-075, admitió que no existía justificación ninguna para negar un trato análogo en dicha materia a las parejas homosexuales, respecto de las parejas heterosexuales. En la sentencia C-811 de 2007, se aplicó de nuevo este principio, con relación al derecho a la afiliación de la pareja como beneficiario del régimen contributivo de salud. Luego la sentencia C-336 de 2008, incluye el derecho a la sustitución pensional a favor de la pareja homosexual sobreviviente y mediante la C-798 de 2008 se extiende a tales parejas la sanción punitiva por incumplimiento de la obligación alimentaria. La sentencia C-029 de 2009, a su vez aplicó el criterio de trato análogo a un extenso grupo de disposiciones relacionadas con asuntos de orden civil y de familia, administrativo, penal y sobre el derecho a la seguridad social. Vino luego la sentencia C-283 de 2011 (vid. comunicado de prensa del 13 de abril de 2011) que admitió dentro de los derechos de estas parejas el de la porción conyugal, resultado de su reconocimiento en cabeza de las uniones maritales de hecho.

76 Véase sentencia C-577 del 26 de julio de 2011.

77 Como lo determina el concepto de Estado plural y las múltiples manifestaciones sociológicas de las relaciones de unión, permanencia, solidaridad que establecen este vínculo social.

78 Comunicado de prensa No. 30 de julio 26 de 2011. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2030%20comunicado%2026%20de%20julio%20de%202011.php>.

¿RETROCESOS EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN INJUSTIFICADA?

A la luz de la Constitución y la ley, así como de la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse de manera escueta que no han existido retrocesos en el tratamiento brindado a las minorías, al menos en lo que tiene que ver con la consideración expresa de su condición como merecedora de trato igual, análogo o de acciones afirmativas concretas. Es decir, que desde el discurso jurídico, la situación de las minorías en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991 ha mejorado ostensiblemente, al pasar de una invisibilidad generalizada, al reconocimiento de su existencia, de su valor o de sus necesidades de especial protección.

Mas esta feliz conclusión, sostenida desde el Derecho formal y declarativo sustancial, dista mucho de haberse traducido en la mejora de las condiciones de vida de tales minorías. De ello da cuenta el bajo desarrollo de preceptos de tipo orgánico, funcional y presupuestal, que den cuerpo a las políticas públicas de inclusión, pero también así se desprende de las estadísticas de diverso origen y naturaleza. Lo último se aprecia al observar que los indígenas han sido principales víctimas directas del conflicto armado, con el incremento marcado de las cifras de homicidio de sus miembros y líderes, de desplazamiento forzado y despojo de sus tierras⁷⁹. O al encontrar que “las minorías étnicas [indígenas y afrocolombianas] enfrentan condiciones socioeconómicas sustancialmente más desfavorables en relación con el resto de la población”, resultado de la desigualdad de oportunidades y de la discriminación que las minorías han enfrentado históricamente y

79 Informe Desplazamiento indígena y política pública: Paradoja del Reconocimiento. Oficina del ACNUR en Colombia, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mayo 17 de 2006.



que persisten en la actualidad⁸⁰. También cuando se registra que las mujeres siguen teniendo menos oportunidades de acceso a la salud, el trabajo, la seguridad social y la educación⁸¹, o a cargos públicos, incluidos puestos de representación en el Congreso⁸², y que la violencia de género persiste como tendencia en la que o bien la mayor parte de las agresiones se producen al interior de sus hogares⁸³, o como seña de identidad del conflicto armado colombiano y de la acción de los grupos armados⁸⁴. También al observar que la pobreza⁸⁵, la falta de una pensión y el incremento de exigencias para acceder a ella⁸⁶, son en general las condiciones socioeconómicas y jurídicas que afectan a la población del adulto mayor. O que aún existen altos grados de exclusión para los discapacitados, en relación con las con-

diciones del entorno, las características individuales y las condiciones sociales en la que estos desarrollan su vida cotidiana, las cuales se incrementan en la medida en que concurren en ellos otras calidades minoritarias (ser mujer, indígena o afrodescendiente)⁸⁷. No hay eficacia en ese Derecho inclusivo, cuando además se descubre con facilidad, que la población LGBT en Colombia sigue siendo víctima de la violencia, el rechazo y la persecución, por el sólo hecho de existir⁸⁸.

CONCLUSIONES

La noción de minorías fue incluida en la Constitución a partir de la fórmula compleja que establece el Estado pluralista, el principio y el derecho a la igualdad ante la ley, pero también en caso de desigualdad, a un trato igual sin discriminaciones y al trato con diferencias, criterios a los que se suma el reconocimiento expreso de ciertas minorías acreedoras de posiciones jurídicas especialmente protegidas. Es el caso de las que en el documento se citan, a saber, las mujeres, las comunidades indígenas y afrodescendientes, los adultos mayores y los discapacitados. En desarrollo suyo, todas ellas han recibido por parte de la ley un tratamiento normativo a través de reglas destinadas a decantar las garantías de protección que amerita la igualdad o la diferencia que se reconoce. Una tarea que también ha cumplido la Corte Constitucional, con respecto a la población de orientación sexual o de identidad de género diversa, con una destacable evolución jurisprudencial cada vez más garantista de su libertad y de sus derechos a la igualdad de trato ante el Derecho.

80 Cruces, G., Gasparini, L. y Carbajal, F. (2010). Situación socioeconómica de la población afrocolombiana en el marco de los objetivos de desarrollo del Milenio. Panamá: PNUD, p. 35.

81 Véanse datos recogidos por la sentencia T-247 de 2010. También véanse las estadísticas del DANE, Mercado Laboral por Sexo, trimestre móvil marzo-mayo 2011. En www.dane.gov.co.

82 Que para el período 2007-2009 no alcanza sino el 8,4%. Mercado laboral por sexo, op.cit.

83 Ello se concluye al advertir que de las ocupaciones desempeñadas por las mujeres víctimas de homicidio en Colombia, en 2010, las cifras más abultadas (21.6% y 9.70%) pertenecen a la ama o encargada del hogar y a las estudiantes, las cuales en condiciones de normalidad no debían estar expuestas a este tipo radical de violencia. En igual sentido, la violencia intrafamiliar sobre las mujeres es 8 veces mayor que la que se registra sobre hombres (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses 2010).

84 Véase Corte Constitucional, Sala de Seguimiento sentencia T-025 de 2004, Auto 092 de 2008.

85 El 60% de los adultos mayores de 60 años son pobres y el 23% son analfabetas, Encuesta Nacional, DANE 2005.

86 Ley 797 de 2003.

87 Beltrán J. C. y González, C. I. (2008). Discapacidad en Colombia: Reto para la inclusión en Capital Humano. Fundación Saldarriaga Concha.

88 Véase Informe Forensis 2010, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, INMLCF.

Mas tal Derecho de las minorías parece carecer de la suficiente eficacia normativa, en parte por un desarrollo incompleto, en parte por lo que muestran los informes forenses, las estadísticas del censo poblacional y los estudios socioeconómicos sobre la situación de los grupos minoritarios. Es decir que aun ante la existencia de un régimen jurídico consistente de reconocimiento y protección de sus derechos, no ocurre igual respecto de las medidas efectivas que se adoptan para hacerlos efectivos por el Estado y son otros los parámetros culturales, cargados de prejuicios, con los que aún se excluye, disminuye y discrimina vergonzosamente a las minorías.

REFERENCIAS

Acto Legislativo N°1 del 14 de julio de 2009 "por el cual se modifican y adicionan los artículos 107, 108, 109, 122, 133, 134, 144, 137, 258, 262, 263 y 265 de la Constitución Política de Colombia".

Acto Legislativo N°1 del 3 de julio de 2003 "por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones".

Beltrán, J. C. y González, C. I. (2008). *Discapacidad en Colombia: Reto para la inclusión en Capital Humano*. Bogotá: Fundación Saldarriaga Concha.

Comanducci, P. (200). Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado. En M. Carbonell et. al., *Constitucionalismo, minorías y derechos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso de la República por Ley 16 de 1972.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, introducida en el derecho colombiano mediante la Ley 762 de 2002.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 248 1995.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 21



de Diciembre de 1965, ratificada por el Congreso de la República por Ley 22 de 1981.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de julio de 1980; ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 ratificada por el Congreso de la Republica mediante ley 1346 de 2009.

Convenio 100 sobre Igualdad de remuneración, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 29 de junio de 1951.

Convenio 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 04 de junio de 1958.

Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 23 de junio de 1981.

Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 7 de junio de 1989.

Corte Constitucional Sala de Seguimiento. Auto 004 de 2009.

Corte Constitucional Sala de Seguimiento. Auto 384 de 2010.

Corte Constitucional Sala de Seguimiento. Sen-

tencia T-025 de 2004, Auto 092 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-076 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-106 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-1107 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-1176 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-458 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 1999.

Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-681 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-702 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-932 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-964 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-989 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia SU 510 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia SU975 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T- 500 de 2002.



Corte Constitucional. Sentencia T- 580 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2007.
Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004.
Corte Constitucional. Sentencia T-026 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1991.
Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-1008 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia T-1105 de 2008.
Corte Constitucional. Sentencia T-111 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-1118 de 2002
Corte Constitucional. Sentencia T-114 de 2002.
Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011.
Corte Constitucional. Sentencia T-1294 de 2005.
Corte Constitucional. Sentencia T-160 de 2006.
Corte Constitucional. Sentencia T-1752 de 2000.
Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2011.
Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-235 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-247 de 2010.
Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-262 de 2009.
Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia T-267 de 2010.
Corte Constitucional. Sentencia T-315 de 2011.
Corte Constitucional. Sentencia T-326 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 2010.
Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 2006.
Corte Constitucional. Sentencia T-384 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1998.
Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-432 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-446 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-461 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2003.
Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 1992
Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia T-548 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-567 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-568 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-618 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia T-624 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-668 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-777 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-798 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-826 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-889 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-978 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-928 de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia T-1248 de 2008.

De Lucas, J. (1993). Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N. 15, Madrid.

Declaración de Durban, proclamada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas de Intolerancia, en septiembre de 2001.

Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 27 de noviembre de 1978.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 61/295 de 13 de septiembre de 2007.

Declaración Universal de Los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948

Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. (2005). *Censo General 2005*. Recuperado en agosto de 2010 en: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/PERFIL_PDF_CG2005/00000T7T000.PDF.

Departamento Administrativo Nacional de



Estadística, DANE. (2011). *Mercado Laboral por Sexo, trimestre móvil marzo-mayo 2011*. Recuperado en julio de 2011 en: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/re_sexo_dic_may11.pdf.

Desplazamiento indígena y política pública: Paradoja del Reconocimiento. (2006). Oficina de ACNUR en Colombia, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Gargarella, R. (1995). Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. *Isonomía*, n. 2, ITAM, México.

Gargarella, R. (1997). *Crisis de la representación política*. México: Fontamara.

Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n. 6, ITAM, México.

Herreño Hernández, a. L. (2004). Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia. *El otro derecho*, número 31-32, ILSA, Bogotá.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, INMLCF. (2010). Informe *Forensis* 2010.

La ley 361 de febrero 07 1997 "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones".

Ley 1021 de abril 21 de 2006 "por la cual se expide la ley general forestal".

Ley 105 de diciembre 30 1993 "que promueve el acceso al transporte de las personas con discapacidad física".

Ley 1152 de julio 25 de 2007 "por la cual se

dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto de Desarrollo Rural y se dictan otras disposiciones".

Ley 1171 de diciembre 07 de 2007 "por medio de la cual se establecen unos beneficios a las personas adultas mayores".

Ley 1276 de enero 05 de 2009 "a través de la cual se modifica la ley 687 de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida".

Ley 1448 de junio 10 de 2011 "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y de dictan otras disposiciones".

Ley 21 de marzo 4 de 1991 "por medio la cual se aprueba el convenio nro 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptados por las 76ª. Reunión del Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989".

Ley 324 de octubre 11 de 1996 "sobre normas a favor de la población sorda".

Ley 443 de junio 11 1998 "que define normas de la carrera administrativa tendientes a garantizar en igualdad de oportunidades, las condiciones de acceso al servicio público, en empleos de carrera administrativa, a aquellos ciudadanos que se encuentran limitados físicamente".

Ley 546 de diciembre 23 de 1999 "por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras".

Ley 582 de junio 08 de 2000 "por la cual se establece el Sistema Deportivo Nacional de las personas con discapacidad".

Ley 685 de agosto 15 de 2001 "mediante la cual se expide el Código de Minas".

Ley 687 de agosto 15 de 2001 "por medio de la cual se modifica la Ley 48 de 1986, que autoriza la emisión de una estampilla pro-dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, instituciones y centros de vida para la tercera edad, se establece su destinación y se dictan otras disposiciones".

Ley 691 de septiembre 18 de 2001 "mediante la cual se reglamenta la participación de grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en Colombia".

Ley 70 de agosto 27 de 1993 "por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política".

Ley 797 de enero 29 de 2003 "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales".

Ley 99 de diciembre 22 de 1993 "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones".

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado mediante la resolución 2000 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

Prieto Sanchís, L. (1994). Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. *Doxa*. N. 15-16, Universidad de Alicante.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988.

Resolución 1904, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963.

Vanegas Gil, P. P. (2008). *Estudios de Derecho Electoral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



José Manuel Sandoval

Adelantó estudios en Gobierno y Relaciones Internacionales en la Universidad Externado de Colombia y en el Instituto de Estudios Políticos de París y cuenta con un posgrado en Gestión Ambiental. Se ha desempeñado como asesor en temas ambientales en el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, entre otros. Ha participado en procesos de formulación de políticas ambientales, expedición de normatividad y procesos de negociación internacional, es aspectos como recurso hídrico, cambio climático y gestión desechos y químicos. Actualmente es asesor de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.



Constitución Ecológica: veinte años de construcción de un nuevo modelo

Por: José Manuel Sandoval

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La Constitución de 1991 constituye uno de los hitos más relevantes en la incorporación de asuntos ambientales y de desarrollo sostenible dentro de la agenda ambiental de Colombia. Desde su entrada en vigor, la preservación ambiental y de los recursos naturales adquirió el más alto estatus dentro del ordenamiento jurídico colombiano y se reconocieron por primera vez deberes y derechos colectivos relacionados con el ambiente, así como mecanismos para su protección. Más de 40 artículos de la Carta Política hacen mención a temas ambientales y en función de la relevancia de sus disposiciones se ha dado en llamar a ésta la *Constitución Ecológica*. La perspectiva ecológica aparece en el texto de forma transversal, por ejemplo, configurándola como uno de los fines principales del Estado, pero también de manera puntual, otorgando competencias a diferentes instancias y entidades para la implementación de tarea en el campo ambiental.

Es importante anotar que el proceso constituyente de 1991 supuso un cambio de paradigma en la visión del Estado sobre el manejo de los recursos naturales. Previamente, la visión que se desprendía era una del pleno empleo de los recursos naturales y no aparecía enfoques de preservación o protección ecológica de manera explícita. El nuevo enfoque de la Constitución, que resultó

bastante vanguardista incluso para la época, permite intuir que en la sociedad colombiana se venía forjando mayor conciencia y conocimiento sobre la crisis ambiental generalizada. A lo anterior deben sumarse los antecedentes normativos en la materia, el contexto internacional bajo el cual se desarrolló el proceso y la composición que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente.

Con relación al primer aspecto, se debe entender que muchas de las disposiciones de la nueva constitución se enmarcaron bajo el espíritu del Código de Recursos Naturales y de Protección del Ambiente¹ que había sido expedido desde mediados de la década de los setenta y que contaba con un desarrollo regulatorio e institucional muy destacado. La coherencia e integralidad de dicho Código y el carácter vanguardista con el que había incorporado el manejo del medio ambiente y de los recursos naturales, constituyeron un referente notable para los constituyentes de 1991.

El contexto internacional también influyó enormemente en el resultado de reestructuración de la Carta Política de 1991. Tal y como lo anota González Villa: "la Constituyente fue influenciada profundamente por dos acontecimientos internacionales de gran acogida de prensa: la conferencia sobre medio ambiente a celebrarse en Río de

1 Decreto ley 2811 de 1974.

Janeiro en 1992 y la celebración europea de los 500 años del descubrimiento de América”².

La composición que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente y el contexto político que vivía el país al iniciar la última década del siglo XX son también factores fundamentales. La Asamblea contó una composición pluralista desde la perspectiva de movimientos y partidos políticos que la compusieron, pero también de los sectores sociales y étnicos que estuvieron representados, lo cual explica en buena medida que se abordarán con tanta vehemencia las preocupaciones en torno a la crisis ambiental que se comenzaba a percibir en el país.

El presente artículo busca realizar un balance de los arreglos normativos que en materia de ambiente y recursos naturales se forjaron en la Constitución de 1991 de Colombia, identificando los aciertos y las dificultades en la implementación de sus disposiciones. Para tal efecto, se analiza en una primera parte las disposiciones ambientales y sobre desarrollo sostenible que fueron incluidas en la Carta Política de 1991. En segundo lugar, las dificultades o incoherencias que se presentan tras dos décadas de su expedición, en cuanto a la implementación de los mandatos y aspiraciones que allí se plantearon, así como los presuntos vacíos o necesidades de ajuste. Por último, se analizan las perspectivas a futuro de la Constitución y se finaliza con unas conclusiones generales.

Para lo anterior, se realiza un análisis no meramente jurídico sino que se utilizan las herramientas del derecho constitucional ambiental para realizar, a manera de ensayo, una evaluación o balance del desarrollo de la política pública ambiental que se desprendió de las disposiciones que se establecieron al respecto en la Carta Política vigente.

2 González Villa, J. E. (2008). *Derecho ambiental Colombiano. Parte General*, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 80.

LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA: ASPECTOS RELEVANTES

El aspecto más relevante de la Constitución de 1991 en materia ambiental es que en ella se eleva dicha temática a la máxima expresión del Estado de Derecho. Tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional, “la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho”³. Lo hace, en primera instancia, determinando por primera vez en la historia constitucional colombiana obligaciones y derechos en materia ambiental. “El medio ambiente, en la Constitución Política, representa una dualidad en el sentido de que es calificado como un derecho-deber”⁴. La disposición más de avanzada yace en el reconocimiento explícito del derecho colectivo a un ambiente sano⁵. Pese al carácter subjetivo de este derecho, la Corte Constitucional reconoció posteriormente en numerosos pronunciamientos su conexidad con otros derechos fundamentales, tal y como la vida y la salud⁶. Esto permitió que el ambiente sano se elevara

3 Sentencia C-431 de 2000.

4 Amaya Navas, O. D. (2002). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 145

5 Artículo 79 Constitución Política: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

6 Así, por ejemplo, la Corte Constitucional a través de la sentencia T-528 de 1992, se pronunció al respecto así: “La Carta de 1991 consagra el “Derecho al goce de un ambiente sano”, no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo [...] Se señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental como la salud, la vida o la integridad física.



a rango de derecho humano básico, suponiendo un enfoque garantista por parte del Estado.

Se establecen también deberes generales tal y como el que corresponde a los ciudadanos de proteger los recursos naturales y velar por la conservación de un ambiente sano⁷. Así mismo se establece como una obligación del Estado la protección de las riquezas naturales de la Nación⁸. Estas determinaciones no son menores, dado que hace co-responsables al ciudadano y al Estado en el mantenimiento de una base natural adecuada para el desarrollo de la Nación. Se justifica así que el Estado y los Gobiernos fijen políticas para emprender dicha protección de las riquezas naturales.

Otra obligación que se entrega al Estado, es la dispuesta en el artículo 80, en el cual se da la potestad al Estado para planificar el aprovechamiento y manejo de los recursos naturales⁹. Con dicha determinación se reformula la propia esencia del Estado. Baste señalar la dimensión y la transversalidad que dichas responsabilidades implican, a fin de poder concluir que la va-

riable ambiental se convierte, a partir de entonces, en uno de los ejes centrales para el diseño del Estado y de las políticas públicas y más aún, del propio modelo económico a ser adoptado.

Por otra parte, se plantean disposiciones en torno a la intervención en la economía. No obstante, debe partirse del hecho que la Constitución de 1991 sustenta un modelo de economía de libre mercado y muchos de sus preceptos corresponden al enfoque *neoliberal*, el cual tuvo gran influencia en América Latina a finales del siglo XX. En materia ambiental, se establecen facultades para limitar el alcance de la libertad económica y para posibilitar la intervención del Estado en la materia. Aun cuando se reconocen los pilares de garantía a la iniciativa privada empresarial y a la libre competencia¹⁰, se faculta al Estado para intervenir en la economía, para regular la explotación de los recursos naturales y del uso del suelo y para establecer medidas para la preservación ambiental¹¹. Por si fuera poco lo anterior, asigna a uno de los pilares del modelo

7 Artículo 95 Constitución Política: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

[...]8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano”.

8 Artículo 8 Constitución Política: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

9 Artículo 80 Constitución Política: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

“Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

10 Artículo 333 Constitución Política: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones”.

11 Artículo 334 Constitución Política: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este interviendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. “El Estado, de manera especial, interviendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

de libre mercado, a saber, la propiedad privada, una función ecológica¹² y una función social, que limitan el ejercicio de dicho derecho. Es aquí donde el modelo de Estado Social de Derecho se encuentra nuevamente con la variable ambiental, haciéndola parte intrínseca de aquel modelo.

Es así como se configura un nuevo modelo de desarrollo que se sustenta en la necesidad y obligación de preservar el patrimonio natural. El modelo no es otro que aquel sobre el cual se viene imponiendo a nivel internacional: desarrollo sostenible. Si bien no se define explícitamente este modelo dentro de la Constitución¹³, sí se hace referencia a éste en el artículo 8o.

Otro de los ejes más relevantes de la Constitución Ecológica es el tema de instituciones y competencias. Aquí entonces se pueden hallar disposiciones en torno a la creación de instituciones, tal y como las Corporaciones Autónomas Regionales¹⁴, que se convertirían a través de la Ley

99 de 1993 en las autoridades ambientales regionales y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena¹⁵, como organismo para el desarrollo de la Cuenca del Río Magdalena y a su vez de su preservación.

Se determinan funciones en materia ambiental en diferentes instancias y niveles, así:

1. Al Presidente de la República se le otorga la facultad para declarar el Estado de Emergencia Ecológica y adoptar las medidas necesarias durante su vigencia, como una de las modalidades de los denominados los estados de excepción¹⁶.
2. Al Contralor General de la República se le asigna la potestad para presentar ante el Congreso de la República, un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente¹⁷.

12 Artículo 58 Constitución Política: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

13 El desarrollo sostenible fue definido posteriormente en el artículo 3° de la Ley 99 de 1993.

14 Artículo 150 Constitución Política: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
“[...] 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”.

15 Artículo 331 Constitución Política: “Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.

“La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación”.

16 Artículo 215 Constitución Política: “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. “Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”.

17 Artículo 268 Constitución Política: “El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:



3. Al Procurador General de la Nación se le entrega la función de defender los derechos colectivos, en especial el ambiente¹⁸.
4. A las Asambleas Departamentales se las faculta para expedir regulación en materias relacionadas con el ambiente en sus jurisdicciones¹⁹.
5. A los Concejos Municipales se les otorga la función de dictar normas pertinentes para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico en sus jurisdicciones²⁰.
6. A los consejos de los territorios indígenas también se les otorga la función de “velar por la preservación de los recursos naturales”²¹.

“[...] 7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente”.

18 Artículo 277 Constitución Política: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

“[...] 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente”.

19 Artículo 300 Constitución Política: “Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

“[...] 2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera”.

20 Artículo 313 Constitución Política: “Corresponde a los concejos:

“[...] 9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio”.

21 Artículo 330 Constitución Política: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

“[...] 5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
 “[...] Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En

Estas funciones, pese a que no cubren todos los aspectos ni tan siquiera los primordiales, sí dan señales de la intención del Constituyente de plasmar en los arreglos institucionales un enfoque transversal para garantizar que las distintas ramas del poder y los niveles de gobierno, tuvieran facultades para intervenir en cuestiones públicas relacionadas con el medio ambiente.

Es así como se denota, que tras la expedición de la Constitución del 1991, todas las ramas del poder, incluidos los entes de control, y todos los niveles de gobierno a nivel territorial, quedan con potestades en materia de medio ambiente, a fin de poder regular las actividades y el comportamiento de los ciudadanos que permitan un cumplimiento de los estándares ambientales. Adicionalmente toma algunas medidas a fin de asignar recursos financieros para la gestión ambiental, en particular, una porción del impuesto de la propiedad inmueble (artículo 317) y parte de los recursos del Fondo Nacional de Regalías (artículo 361).

La Carta Política también se ocupa de los bienes públicos, dentro de los cuales se incluyen algunos bienes ambientales. Se determina que los bienes públicos, los parques naturales y las tierras comunales de los grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables²². Es importante recordar, que la normatividad civil expedida en Colombia desde finales del siglo XIX ya había establecido como bienes públicos al agua, los ríos, los cauces y otros elementos del ambiente, los cuales logran mantener su constitucionalidad gracias a la inclusión de las disposiciones del artículo 63.

las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

22 Artículo 63 Constitución Política: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

La Constitución también vendría a ocuparse de otros bienes de interés público como lo es el espacio público, cuya protección se asigna al Estado, con miras a defender el interés común²³. Adicionalmente establece la propiedad del Estado de los recursos naturales no renovables y del subsuelo²⁴, abrogándose su manejo y explotación, así como la reglamentación en torno a las regalías que se causen por su explotación²⁵.

Otro importante aspecto que se incluyó en la Constitución fue lo relacionado con el saneamiento ambiental, al cual define como un “servicio público a cargo del Estado”²⁶ el cual puede entrar a reglamentar a través de distintos mecanismos. El saneamiento ambiental reaparece en el título sobre el régimen económico y de hacienda pública, donde es catalogado como uno de los objetivos

fundamentales del Estado y para tal fin prioriza para la destinación de presupuestos públicos²⁷. Esta es sin duda una de las grandes novedades de la Constitución de 1991 y no tiene antecedentes en textos preliminares.

También se incluyen algunas menciones orientadas a la conducción de las relaciones internacionales. En el artículo 226 se insta a que el Estado promueva la internacionalización de las relaciones ecológicas, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional²⁸. Adicionalmente, prohíbe el ingreso de desechos nucleares y tóxicos provenientes del exterior a fin de evitar que otros países remitan a Colombia desechos para cuya disposición y gestión no se cuenta con las capacidades requeridas. También se da la potestad para que las entidades territoriales ubicadas en zonas fronterizas adelanten directamente programas de cooperación para la preservación del ambiente²⁹.

Para finalizar es importante referenciar otras determinaciones puntuales en tema diversos entre los cuales se debe destacar: la inclusión del

23 Artículo 82. Constitución Política: “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

“Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés”.

24 Artículo 332 Constitución Política: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

25 Artículo 360 Constitución Política: “La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

“La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte”.

26 Artículo 49 Constitución Política: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

27 Artículo 366 Constitución Política: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

“Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

28 Artículo 226 Constitución Política: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

29 Artículo 289 Constitución Política: “Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente.



tema ambiental como uno de los ejes fundamentales de la educación nacional³⁰; la imposición que se hace al Estado para que regule el ingreso y la salida de recursos genéticos y su utilización “de acuerdo con el interés nacional” (artículo 81); régimen especial que se establece para el archipiélago de San Andrés y Providencia que a través de la ley podrían desarrollar mecanismos para lograr una preservación del ambiente y/o de los recursos naturales³¹; y la posibilidad de otorgar créditos agropecuarios con condiciones especiales a las víctimas de calamidades ambientales³².

Así las cosas, el conjunto de disposiciones mencionadas en toda esta sección, configuran la denominada Constitución Ecológica de Colombia. Como se vio son de muy diversa índole, los pronunciamientos que realiza el constituyente sobre la materia, y en cierta medida un cúmulo de aspi-

raciones bastante elevadas para un Estado de un país en desarrollo como Colombia y en un contexto bajo el cual, las preocupaciones ambientales eran aún ajenas a la mayoría de actores socioeconómicos involucrados. En la siguiente sección se hace una aproximación a las dificultades que se presentaron en la implementación de los preceptos constitucionales.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA: LOGROS Y LIMITACIONES

Para evaluar con mayor objetividad, se debe reconocer en primer lugar el alcance que se le da a una constitución en un momento histórico determinado. Y para el caso de la Carta Política de la Colombia de 1991, dado un determinado contexto político y una composición determinada de la Asamblea Constituyente que la redactó, el carácter de sus disposiciones resulta en muchos casos programático. Es decir, lejos de pretender garantizar el pleno cumplimiento de sus metas y aspiraciones, en particular en el tema de los derechos básicos, la Constitución se convirtió en el deber ser de una Nación. Esto se deriva en parte del modelo que más tarde se denominaría Estado Constitucionalista, bajo el cual se determina un sólido conjunto de derechos y se crean mecanismos expeditos para garantizar su cumplimiento incluyendo un fuerte ente de control constitucional.

Así que, a grandes rasgos y términos muy generales, el objetivo que se propuso la Carta Magna referida fue que Colombia implementara un modelo de desarrollo sostenible bajo la custodia de un Estado que protegiera las riquezas naturales coadyuvado por los ciudadanos, a través de la planificación en su utilización y la intervención en la economía para su logro. Y lo cierto es que tras dos décadas de vida jurídica dicho enunciado se mantiene como una aspiración o meta, dado que han profundizado las tendencias al deterioro del

30 Artículo 67 Constitución Política: “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. “La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

31 Artículo 310 Constitución Política: “El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. “Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

32 Artículo 66 Constitución Política: “Las disposiciones que se dicten en materia crediticia podrán reglamentar las condiciones especiales del crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios, como también los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales”.

ambiente y de los recursos naturales y dicho modelo no pareciera ser aún el verdadero orientador del desarrollo económico y social del país.

No obstante, la Carta Política trata de sentar las bases para ese modelo de desarrollo sostenible, que fuera menos depredador y que sirviera de soporte para el cumplimiento de otros derechos fundamentales. De hecho, su enunciación, de manera tan profunda y certera dentro del texto constitucional ha permitido que el tema haya escalado de importancia dentro de la agenda pública durante los últimos años.

Otro aspecto fundamental de la nueva Constitución es que al darle la importancia o rango al tema ambiental, le brindó las herramientas o mecanismos para garantizar su cumplimiento. Imposible entender el alcance que se le dio al derecho a un medio ambiente sano sino se analizan también instrumentos institucionales como: “la acción de tutela, las acciones populares, la acción de cumplimiento, el derecho de petición, la declaratoria del estado de emergencia ecológica, la responsabilidad civil, la acción contenciosa, la acción penal, la acción disciplinaria, las sanciones fiscales y las acciones de policía”³³.

Y en este aspecto los logros son enormes en la meta que se trazó de brindar mecanismos para el ciudadano para exigir el cumplimiento del derecho colectivo al ambiente. En la actualidad dichos instrumentos son de uso común para la exigencia de la preservación ambiental y de los recursos naturales y numerosos los casos interpuestos ante el sistema judicial para su exigencia y cumplimiento. Por ejemplo, y según estudios especializados, se han realizado seguimientos en torno a la utilización de la acción popular en función del derecho al ambiente sano. Se encon-

tró notablemente, que la mayoría de dichos casos estaban relacionados con asuntos de acceso al agua y a problemas derivados con su deterioro o contaminación. Baste recordar el famoso caso de la acción popular del Río Bogotá y el complejo proceso derivado de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Uno de los aspectos más pertinentes de analizar tras dos décadas de vigencia, es el relacionado con el desarrollo institucional para la gestión ambiental que se desarrolló a partir de 1991. Un aspecto importante al intentar hacer una evaluación al respecto, es la necesidad de revisar integralmente el conjunto del modelo de instituciones y de organización del Estado que plasmó el Constituyente. Lo anterior se refiere, entre otros, a la estructura de separación y equilibrio de poderes de las tres ramas, al rol de la Corte Constitucional y de los entes de control, al modelo de descentralización territorial y a las alusiones al tema de las regiones y a los mecanismos para hacer intervención en los mercados y en la economía.

También implica entender elementos estructurales del Estado colombiano: debilidades institucionales, congestión del sistema judicial, falta de conocimiento sobre el alcance de las instituciones y mecanismos legales creados, la presunta politización de las decisiones, e incluso los famosos ‘choques de trenes’ o concurrencia de competencias que dificultan una certera toma de decisiones.

Resulta necesario destacar el rol que ha jugado dentro del arreglo institucional la Corte Constitucional. A ésta se le entregaron sendos poderes a fin de revisar la exequibilidad de las decisiones de otras instancias y para servir de garante de la aplicación de la carta de derechos. Resultaría imposible entender el alcance de la Constitución Ecológica sin las numerosas y destacadas sentencias emanadas de dicho tribunal, que permitió

33 Rodas Monsalve, J. C. *Fundamentos constitucionales del derecho ambiental Colombiano*. Bogotá: Uniandes, p. 83.



a través de resolución de casos particulares, entender el verdadero espíritu de la Constitución de 1991 y darle alcance e interpretación para cubrir presuntos vacíos del texto o para determinar obligaciones puntuales al Estado.

Dada la enorme responsabilidad que suponía para el Estado las nuevas obligaciones en materia ambiental, se consideró necesario desarrollar un marco institucional sólido e integral que permitiera la implementación de políticas ambientales que garantizaran los preceptos constitucionales. Y fue así como se inició la preparación de la que terminó siendo la Ley 99 de 1993 (Sistema Nacional Ambiental) que creó por primera vez en Colombia un Ministerio de Medio Ambiente, reorganizó las Corporaciones Autónomas Regionales como autoridades ambientales a nivel territorial, creó 5 institutos de investigación, y toda una serie de instrumentos de política ambiental, fuentes financieras, y mecanismos de coordinación y de participación para la toma de decisiones. Esta ley es sin duda uno de los grandes logros de la Constitución de 1991 y recoge su esencia desde distintas perspectivas.

Así que al iniciar el año de 1994, se contaba ya con un Ministerio de Medio Ambiente, además de un extendido cuerpo de institutos, consejos, corporaciones regionales, lo cual sumado a las disposiciones constitucionales en la materia así como de las de Código de Recursos Naturales (1974) y de su extensa reglamentación, hacían prever que había llegado el momento del desarrollo sostenible para Colombia.

No obstante, la situación fue bastante distinta. Lograr la consolidación del Ministerio ha resultado bastante turbulenta, y se estima que entre 1994 y 2011, la cartera de ambiente tuvo cerca de 10 reestructuraciones incluyendo una en 2003, en la que fue fusionada con la cartera de vivienda, desarrollo territorial y agua potable.

Por su parte, las 33 corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, las cuales constituirían los organismos clave para la administración de los recursos naturales y el monitoreo de las actividad y del estado del medio ambiente en sus regiones, comenzaron a verse afectadas por intereses políticos regionales y, en algunos casos, a ser focos de corrupción. Pese a que algunas sí adelantaron un trabajo serio y juicioso, el Ministerio nunca pudo ejercer ningún tipo de tutela sobre sus actuaciones, en virtud de la “autonomía” que la misma Constitución les había otorgado. En diversas ocasiones se intentó reformarlas e incluso se discutió su desaparición, sin que a la fecha se logre una reestructuración a fondo para mejorar su efectividad.

No obstante las dificultades mencionadas, mucho también es lo ganado. Gracias al hecho de contar con éstas y con miras a acatar las exigentes disposiciones de la Constitución Verde, son numerosas las iniciativas que las instituciones públicas y las autoridades ambientales han implementado a fin de garantizar el derecho a un ambiente sano, de contar con un nivel de calidad ambiental razonable y de poder disfrutar el patrimonio ecológico.

Contar con dichas instituciones, en particular con el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha permitido desarrollar un extensa regulación así como mecanismos para ejercer un control sobre las actividades productivas con mayor rigor. También es importante señalar el rol desempeñado por los institutos de investigación los cuales han impulsado desde el sector público la investigación y el mayor conocimiento sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, y han apoyado en la toma de decisiones por parte de otros actores del Sistema Nacional Ambiental.

Otro aspecto fundamental para analizar es el relacionado a la intervención del Estado en la eco-

nomía y el tema de la función ecológica asignado a la propiedad. Recuérdese que la Carta Magna determina límites trascendentales a los preceptos de una economía de libre mercado, da potestad al Estado para promulgar regulaciones a fin de garantizar la protección al ambiente y los recursos y se declara que la propiedad privada cumplía una función ecológica. Es decir, era este uno de los aspectos en los cuales el Constituyente había sido más vanguardista. A pesar de lo anterior, también es uno de los aspectos con menor nivel de desarrollo normativo y regulatorio.

Con base en la anterior facultad, el Estado tiene la posibilidad para intervenir en ciertos mercado, imponer obligaciones a los actores económicos involucrados, e incluso hacer un manejo de variables macroeconómicas a fin de garantizar preceptos ambientales. Pues bien, la facultad ha sido utilizada muy tímidamente y los pocos avances más significativos se dieron a través de la Ley 99, en función de la determinación de licencias ambientales y varias cargas tributarias por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, y en particular, del agua³⁴. Más adelante, se logró la creación de una serie de incentivos tributarios que permitieron estimular la adquisición de tecnologías limpias entre otros.

No obstante, se considera que el Estado hubiera podido ser mucho más de avanzada en la materia. Es posible afirmar que si no se ha llevado a cabo, o ni siquiera discutido, es porque presuntamente no se ha requerido. Pero lo cierto que es que la variable ambiental no ha logrado la trascendencia requerida dentro del modelo de desarrollo sostenible que propuso la Constitución.

34 Los instrumentos más relevantes han sido la tasa por uso del agua (Decreto 155 de 2004), la tasa retributiva por vertimientos puntuales (Decreto 3100 de 2003), inversión forzosa de 1% en proyectos que utilicen recurso hídrico (Decreto 1900 de 2006) y transferencias del sector eléctrico (Decreto 1933 de 1994).

Lo anterior se denota con mayor fuerza en el desarrollo del principio de la función ecológica de la propiedad. Es este un tema que pareciera generar grandes temores para ser reglamentado y pocos son los desarrollos legales y regulatorios aunque sí existe jurisprudencia en la materia.

Ahora bien, considerados los anteriores avances y limitaciones en la aplicación de la Constitución Ecológica, vale preguntarse si Colombia ha alcanzado esa meta de desarrollo sostenible o, al menos, si va en camino a hacia ese objetivo. Y lo cierto es que al revisar los últimos informes sobre el estado de los recursos naturales realizados por las propias autoridades públicas, se evidencia una tendencia a una mayor degradación ambiental de distintas índoles: deforestación y pérdida de biodiversidad, contaminación del agua y otros recursos naturales, degradación de suelos, actividades extractivas con alto impacto ambiental, etcétera.

Adicionalmente, desde el rol jugado por el Estado y en particular a nivel institucional se evidencia que a pesar de toda la experiencia adquirida, la institucionalidad aún está en consolidación y tras dos décadas paradójicamente se está creando nuevamente un Ministerio (Ambiente y Desarrollo Sostenible) y se están preparando reformas a las Corporaciones Autónomas Regionales a fin de fortalecer el ejercicio de autoridad ambiental en Colombia.

Por otra parte, si bien el país cuenta, tras dos décadas de Constitución Verde, con valiosas políticas y normas para los más diversos temas de la gestión ambiental así como para un mejor monitoreo sobre los recursos naturales, en realidad son pocos resultados de impacto o de alivio de la presión sobre los recursos naturales. Por el contrario, las cifras son crecientes frente al deterioro de ecosistemas y ampliación de la frontera económica, degradación de cuentas e índices crecientes de contaminación, deforestación, contaminación de



suelos, entre tantos otros. Las metas establecidas en la Constitución frente al saneamiento ambiental nunca se implementaron con el rigor necesario. Y a pesar de la mayor conciencia sobre la problemática y de la mayor penetración del enfoque ambiental en el sistema educativo básico y superior, aún persiste una débil adopción de medidas certeras de reducción del impacto ambiental por parte de los propios sectores económicos y productivos. La inclusión de la variable ambiental dentro de la gestión de estos sectores aún se mantiene como una meta por alcanzar, tal y como se evidencia en las prioridades ambientales del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 de 2011.

CONCLUSIONES

Se considera pertinente concluir buscando dar respuesta al interrogante sobre si las limitaciones que se presentan aún en la actualidad en torno a la implementación y el cumplimiento de los preceptos ambientales de la Constitución colombiana de 1991 subyacen en su mismo diseño o si corresponden a factores externos al mismo. Al respecto, no parece viable poder responder diciendo que en la Carta Política no se encontrarán las fallas en la implementación, ya fuese por orientación errada o por omisión en la presencia de disposiciones constitucionales que permitieran sustentar la implementación de políticas y regulaciones ambientales más estrictas o de mayor alcance.

En oposición a lo anterior, se considera que se mantiene el consenso alcanzado a través de la Constitución Ecológica en torno a los preceptos que se deben garantizar desde el Estado. De hecho, es notable que prácticamente ninguno de los artículos que incluían disposiciones ambientales concretas³⁵ haya sido modificado exclusivamente con propósi-

tos de modificar cuestiones relativas a la orientación de los temas ambientales. Con la Constitución Ecológica, la nación colombiana logró un acuerdo político de largo alcance en relación a que el Estado Social de Derecho contempla como uno de sus pilares el de la preservación del ambiente y de los recursos naturales. El modelo quedó bien estructurado en el sentido que se incluyeron importantes derechos y garantías pero también se crearon los instrumentos y se otorgaron competencias a las distintas ramas del poder público para el desarrollo de actividades que permitieran reglamentar, implementar y fiscalizar acciones en materia de defensa del patrimonio ambiental.

Sin embargo, se requiere escalar esfuerzos por parte de la ciudadanía, de los agentes económicos, las instituciones públicas, de los distintos sectores sociales a fin de lograr la verdadera implementación del modelo que fue acordado bajo la Constitución de 1991. Se considera que hay un relativo acuerdo nacional, en torno a la importancia y a las oportunidades que brindó en materia ambiental la nueva constitución. Es el momento de realizar diálogos y acuerdos específicos a fin de aliviar la presión sobre el patrimonio ambiental del país y sobre los diversos ecosistemas y comenzar a modificar las tendencias crecientes a la depredación y al consumo de recursos naturales, como único mecanismo para garantizar el bienestar de las futuras generaciones.

35 Es decir, los artículos 2, 8, 29, 58, 63, 67, 79, 80, 81, 82, 95, 215, 226, 268, 277, 289, 300, 310, 313, 330, 331, 332, 333, 334, 340, 360, 366.

REFERENCIAS

Amaya Navas, O. D. (2002). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia 1991.

Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 12 de abril de 2000 (MP: Vladimiro Naranjo Mesa).

Corte Constitucional. Sentencia T-528 de 18 de septiembre de 1992 (MP: Fabio Maron Díaz).

Decreto 155 de 2004.

Decreto ley 2811 de 1974.

González Villa, J. E. (2006). *Derecho ambiental Colombiano*. Parte General. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodas Monsalve, J. C. (1994). *Fundamentos constitucionales del derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Uniandes.



Vanessa Suelto Cock

Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), actualmente profesora investigadora y directora del Grupo de Estudios en Derecho Público de la Pontificia Universidad Javeriana.



El estado de cosas de inconstitucionalidad

Por: Vanessa Sueli Cock

INTRODUCCIÓN

El estado de cosas de inconstitucionalidad es una figura utilizada por la Corte Constitucional en casos de masiva vulneración de derechos fundamentales a causa de una falla estructural en las políticas públicas del Estado y en su ejecución. En estos casos la Corte ha ordenado solucionar con celeridad en plazos determinados la situación que acarrea dicha vulneración. Este tipo de figuras de declaratoria masiva de vulneración de derechos ha sido utilizada por otras cortes en Suramérica, India y Suráfrica¹, ámbitos en los que, al igual que en Colombia, existen problemas de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de las autoridades públicas. Es innegable la utilidad que ha tenido la figura para develar la ineficacia del Estado en la planeación y articulación de políticas públicas para prestar servicios públicos o atender a una población vulnerable, no obstante ello, la figura ha sido duramente criticada por ser una “invención” de la Corte Constitucional que no tiene ningún contenido normativo en la Constitución que le de sustento o permita su construcción jurisprudencial.

Aún, por los juristas que están a favor de su concepción jurisprudencial su carácter indefinido ha conducido a la ampliación de lo que se entiende por falla estructural del Estado, y por lo mismo, a que no se comparta algunos casos en que se realizó su declaratoria². También ha sido duramente criticado el papel o el rol del juez constitucional que parece desnaturalizarse con el seguimiento al cumplimiento de las sentencias de estado de cosas de inconstitucionalidad, y a los autos que en dichos seguimientos se dictan. Por esas razones, llama la atención que en el caso más emblemático del fallo a la protección del derecho fundamental a la salud, la sentencia T-760 de 2008, no se haya hecho uso de esta figura jurisprudencial, pero sí, del procedimiento de audiencias y seguimiento que la figura comprende.

En este sentido, este artículo se propone explicar la construcción del estado de cosas inconstitucional a partir de los casos más importantes en que ésta figura fue utilizada; señalar los elementos que la componen y los procedimientos que luego de su declaratoria tienen lugar. A la luz de

1 Gargarella, R. (2006). Courts and Transformations in new Democracies. En Garagerella R. et al. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate, Hampshire, 2006, pp. 14-35.

2 Véase Rodríguez Garavito C. et. al. (2009). *Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas de inconstitucional, políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

estos elementos examinar la sentencia T-760 de 2008 sobre violación al derecho fundamental a la salud, y determinar si ésta corresponde con un estado de cosas de inconstitucionalidad.

CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL **Infracción de los derechos a la seguridad social por no afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La figura del estado de cosas inconstitucional fue utilizada por primera vez por la Corte Constitucional en la sentencia SU-559 de 1997, en esta sentencia la Corte se refirió al “tratamiento de un estado de cosas contrario a la Constitución Política”, esta situación se presentaba, a juicio de la Corte, porque un porcentaje muy reducido de los docentes del orden territorial habían sido afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. A pesar de que los demandantes denunciaban esta irregularidad en los municipios de Zambrano y María la Baja, la Corte se percató, por información del Ministerio de Educación, que esta era una situación generalizada en el territorio nacional. Señala entonces que se trata de “un estado de cosas de carácter general, porque de “los 1.061 municipios y 4 distritos existentes en el país, únicamente 126 municipios y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá han afiliado legalmente a sus educadores al Fondo, lo cual significa que 935 municipios y 3 distritos aún no han cumplido con los trámites necesarios para la inscripción de sus docentes al mencionado Fondo”³.

Las causas de esta situación, señala la Corte, según informe del Ministerio, son: “la carencia de los

recursos necesarios para poder proceder a la afiliación; la dificultad de las entidades territoriales para obtener y reportar la información requerida para iniciar los procesos de afiliación; la falta de personal idóneo para el levantamiento de toda la información necesaria para la inscripción y la falta de compromiso de las autoridades territoriales para llevar a buen término el proceso de afiliación de sus docentes”.

Frente a esta situación, la Corte se preguntó si atenta contra la Constitución Política el comportamiento omisivo del Estado, pregunta a la que respondió afirmativamente. En este sentido, es posible para la Corte, de acuerdo con su deber de colaboración armónica establecido en el artículo 113⁴, y en razón de sus funciones, emitir una orden a las autoridades públicas competentes con el fin de que en el menor tiempo posible se adopten las medidas conducentes para eliminar los factores que inciden en esta violación de los derechos de los educadores.

A su vez señala la Corte como una de las razones que sustentan la declaratoria que *“el deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos”*.

En este caso, la Corte describe dos elementos que caracterizarán esta figura en casos subsiguientes como son: a) una violación de derechos fundamentales de carácter generalizado y b) la

3 La Corte constató que los municipios citados omitieron afiliar a los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, y encontró que esa situación era extendida en la mayoría de municipios del país.

4 Las ramas del poder público colaborarán de manera armónica.



ausencia de planeación del Estado para materializar una política pública lo que se denominó una falla estructural del Estado⁵. Para su solución, la Corte señala que debe tomarse las medidas necesarias, en un tiempo razonable, para afiliar a los docentes al Fondo de Prestaciones Sociales.

Violación del derecho a la seguridad social de los jubilados por ineficiencia de la administración pública⁶

Otro de los más importantes estados de cosas de inconstitucionalidad lo declara la Corte por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados en la sentencia T-068 de 1998. En este caso, la Corte resaltó la necesidad de que la administración pública fuera eficiente para poder garantizar los derechos de las personas. La administración, en este caso, la Caja Nacional de Previsión, no puede ocasionar demoras innecesarias en la atención de las solicitudes de pensión, ocasionando vulneración de derechos fundamentales⁷. La Corte en la sentencia referida señaló que “el juez constitucional

no puede ser indiferente a la situación irregular que se presenta, pues todas las entidades del Estado -lo que incluye a la Caja Nacional de Previsión-, son instrumentos al servicio de la comunidad y se instituyen no como fin en sí mismas sino como medio para cumplir con los fines del Estado. Por consiguiente, si una entidad incumple parte de los objetivos para lo que se creó se le impone la necesidad de adecuar su estructura institucional a las nuevas exigencias de la Constitución”.

La Corte resalta en esta sentencia que el logro de los objetivos y fines del Estado requiere de una función administrativa eficiente y que las demoras innecesarias que se presentan en la Caja Nacional de Previsión para resolver los derechos seguridad social denotan “la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho” (Sentencia T-068 de 1998).

Falta de garantía de las condiciones mínimas de vida digna en los centros penitenciarios⁸

La siguiente declaratoria de estado de cosas inconstitucional se presenta por la falta de garantía de las condiciones mínimas de vida digna de las personas detenidas en centros penitenciarios que presentaban hacinamiento crítico, señalado en la sentencia T-153 de 1998⁹. En esta sentencia la Corte señala que la situación en las cárceles nacionales, es tan grave, que los derechos de los allí recluidos son violados continua y sistemáticamente.

5 En este caso la Corte señala que el estado de cosas contrario a la Constitución se presenta por: “(1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial.” Sentencia SU-559 de 1997.

6 Mediante la sentencia SU-090 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz) se declara el estado de cosas de inconstitucionalidad por la omisión en el pago de pensiones en el departamento del Chocó.

7 Sentencias T-068 de 1998, T-525 de 1997 y SU-090 de 2008.

8 Otra declaratoria de estado de cosas de inconstitucionalidad se dio por la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos señalada en las sentencias T-606 y T-607 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

9 Ver a su vez las tutelas T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-847 de 2000 y T-966 de 2000.

Así, y de acuerdo con las sentencias previas SU-559 de 1997 y T-068 de 1998, declara el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas señalando que con esta declaración la Corte “busca remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas y cuyas causas sean de naturaleza estructural— es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

“Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.” (Sentencia T-153 de 1998).

Por esta razón, la Corte entre las medidas que toma, pone en conocimiento el estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria al Presidente de la República, quien como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, pueda realizar todas las actividades necesarias para frenar la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos huma-

nos. Así también, la Corte comunica de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Por último ordena específicamente al INPEC, Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar un plan de construcción y refacción carcelaria y construirlos en un máximo de cuatro años. Así como la remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá (Sentencia T-153 de 1998).

Falta de convocatoria a concurso para el nombramiento de notarios públicos

La siguiente declaratoria de un estado de cosas inconstitucional se presenta en el caso de la falta de convocatoria a concurso para el nombramiento de notarios públicos y que con ello se estuviera permitiendo que los notarios fueran designados o removidos del cargo por factores subjetivos (Sentencia SU-250 de 1998). La Corte ordenó en esta oportunidad, la realización del concurso público y para que ello pudiera llevarse a cabo ordena que se corrijan las fallas de organización y procedimiento que impedían la pronta resolución de la situación que afectaba derechos fundamentales, así como que se destine el presupuesto necesario para cumplir con sus obligaciones. La Corte reitera en este caso los siguientes factores de procedencia del estado de cosas inconstitucional: “(1) la repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y (2) cuan-



do la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales” (Sentencia SU-090 de 2000). No obstante, es de observar que en este caso no existe una violación masiva de derechos fundamentales, sino una violación al debido proceso y a la meritocracia, derechos que no son de la misma índole y gravedad que los de las anteriores declaratorias¹⁰. Sobre este caso se ha discutido la pertinencia del uso de la figura, para un tema de índole administrativa.

Violación masiva y grave de los derechos de las personas en condición de desplazamiento forzado¹¹

Con la sentencia T-025 de 2004, que tutela los “derechos de 1.150 núcleos familiares de población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas”, la figura del estado de cosas de inconstitucional adquiere contundencia. En este pronunciamiento la Corte establece y sistematiza los requisitos de declaratoria de un estado de cosas inconstitucional señalando que entre otros factores se valorará:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas¹²; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos¹³; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado¹⁴; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos¹⁵; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante¹⁶; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial¹⁷.”

10 En este sentido, véase a César Rodríguez Garavito (et.al.), op. cit.

11 Anterior a la sentencia T-025 de 2004 se declaró el estado de cosas de inconstitucionalidad por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos, Sentencia T-590 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero). En este caso, la Corte hace un llamado a la prevención a “todas las autoridades de la República para que cese tal situación, y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le dé un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos. Así también hace un llamado general a la población colombiana para que cumplan con el mandato del artículo 95 de la Constitución que los obliga a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

12 Por ejemplo, en la sentencia SU-559 de 1997 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz),

13 Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz),

14 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

15 Por ejemplo, en la sentencia T-1695 de 2000 (MP: Marta Victoria Sáchica Méndez), en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios.

16 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero), la Corte señaló “que si miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

17 En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo: “10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos in-

Frente a la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectan a un número significativo de personas, la sentencia T-025 de 2004 reitera lo señalado en las sentencias T-227 de 1997 y SU-1150 de 2000, y es la gravedad de la situación y la urgencia de adoptar medidas que aseguren una atención adecuada a la población desplazada y la efectividad de sus derechos¹⁸. Esta gravedad se presenta por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad; los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos. El derecho a escoger su lugar de domicilio¹⁹. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, "*dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos*"²⁰. Los derechos económicos, sociales y culturales²¹

individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones".

18 " Los motivos y las manifestaciones de esta vulnerabilidad fueron caracterizadas en la sentencia T-602 de 2003, así: "(i) la pérdida de la tierra y de la vivienda; (ii) el desempleo; (iii) la pérdida del hogar; (iv) la marginación; (v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad; (vi) la inseguridad alimentaria; (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros y (viii) la desarticulación social."; así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida. Por otra parte, en la sentencia T-721 de 2003 (i) se señaló que la vulnerabilidad de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y (ii) se explicó el alcance de las repercusiones psicológicas que surte el desplazamiento y se subrayó la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el tratamiento de este problema, por la especial fuerza con la que afecta a las mujeres. Ver, entre otras, las sentencias T-419 de 2003, SU-1150 de 2000. Apartes citados en la sentencia T-025 de 2004.

19 Ver, por ejemplo, la sentencia T-227 de 1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

20 Sentencia SU-1150 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

21 Ver, por ejemplo, la sentencia T-098 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

respecto de las condiciones para garantizar un nivel de vida digna, y el acceso a la educación, la salud, el trabajo. El derecho de sus miembros a la unidad familiar²² y a la protección integral de la familia²³. "El derecho a la salud, por la dificultad para acceder a los servicios de salud y por "que se ven forzados a aceptar un tipo de vida que tiene un altísimo potencial para minar su estado de salud o agravar sus enfermedades, heridas o afecciones preexistentes"²⁴. El derecho a la integridad personal²⁵. El derecho a la seguridad personal²⁶. La libertad de circulación por el territorio nacional²⁷ y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir²⁸. "El derecho al trabajo²⁹ y la libertad de escoger profesión u oficio, especialmente en el caso de los agricultores que se ven forzados a migrar a las ciudades y, en consecuencia, abandonar sus actividades habituales". El derecho a una alimentación mínima³⁰, que resulta insatisfecho en un gran número de casos por los altísimos niveles de pobreza extrema a los que llegan numerosas

22 Sentencia SU-1150 de 2000.

23 Sentencia T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández).

24 Corte Constitucional, Sentencia T-645 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

25 Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001 y T-1346 de 2001.

26 Ver, por ejemplo, la sentencia T-258 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

27 Sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-268 de 2003, precitadas.

28 Ver sentencia T-227 de 1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

29 Sentencia T-669 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra). Ver también las sentencias T-1635 de 2000, T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-268 de 2003.

30 Sentencia T-098 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).



personas desplazadas. El derecho a la educación. El derecho a una vivienda digna³¹, entre otros.

Por la variedad de derechos constitucionales vulnerados y teniendo en cuenta las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión de las personas en condición de desplazamiento, la Corte reiteró lo señalado en la sentencia T-602 de 2003, y es el derecho de recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado³². Así también señaló el incumplimiento del Estado de su deber básico de preservar las condiciones mínimas de orden público necesarias para prevenir el desplazamiento forzado de personas y garantizar la seguridad personal de los asociados (T-721 de 2003).

Entre las diferentes órdenes dirigidas a la autoridades encargadas para otorgar una protección efectiva de la población desplazada están: (i) incluir a los accionantes en los programas y políticas existentes en un plazo breve que va desde las 48 horas a los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia³³; (ii) al Presidente de la República, coordinar con los distintos ministerios y entidades encargadas de la atención de la población desplazada, las acciones indispensables para garantizar, en un plazo de máximo de 30 días, la solución definitiva de los problemas que enfrentaban los accionantes³⁴; (iii) adelantar en un plazo de 48 horas todas las gestiones neces-

rias para trasladar al accionante a un lugar donde su vida e integridad no corran peligro³⁵; (iv) la Red de Solidaridad Social debe incluir al accionante en el Registró Único de Población Desplazada; (v) que se constituya el Comité Municipal de Atención Integral de la Población Desplazada en un plazo de 10 días, a fin de que ese Comité estableciera en un plazo máximo de 20 días, el programa de reubicación y estabilización de los accionantes³⁶; (vi) la Red de Solidaridad Social debe coordinar con el Instituto de Bienestar Familiar la inclusión de los menores demandantes en los programas existentes en dicha entidad y tramitar de manera preferencial y rápida, ante la entidad que corresponda la solicitud de subsidio familiar de vivienda³⁷; (vii) a la Red de Solidaridad Social otorgar la ayuda humanitaria de emergencia solicitada³⁸; (viii) al Director Nacional de la Red de Solidaridad Social que incluya a los accionantes en un proyecto productivo articulado a un programa de seguridad alimentaria³⁹; (ix) a la Red de Solidaridad Social para que en un plazo de 48 horas realice las gestiones necesarias ante las entidades competentes para que se suministre la atención integral de salud requerida por la actora⁴⁰; (x) a la Defensoría del Pueblo diseñar y dictar cursos de promoción de derechos humanos y de respeto de los derechos de la población desplazada a las distintas autoridades, con el fin de

31 Ver, por ejemplo, la sentencia T-602 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).

32 Sentencia T-669 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

33 Ver, entre otras, las sentencias 215 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño); SU-1150 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz); T-327 de 2001 y T-098 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

34 Ver, por ejemplo, la sentencia SU-1150 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), y T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

35 Corte Constitucional. Sentencia T-258 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynnett).

36 Corte Constitucional. Sentencia T-1346 de 2001 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

37 Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

38 Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

39 Corte Constitucional. Sentencia T-602 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).

40 Corte Constitucional. Sentencia T-645 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

sensibilizarlas frente a esta problemática⁴¹; (xi) al Gobierno Nacional, para que en un plazo razonable reglamente la Ley 715 de 2001 en lo concerniente al traslado y reubicación de docentes amenazados⁴²; (xii) a la Defensoría del Pueblo, velar por la divulgación y promoción de los derechos de la población desplazada⁴³; (xiii) al Procurador General de la Nación, ejercer la vigilancia del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia⁴⁴ y (xiv) a la Defensoría del Pueblo, instruir a la población desplazada sobre sus derechos y deberes constitucionales⁴⁵.

De los 17 pronunciamientos de la Corte y las diferentes órdenes dictadas a las autoridades, se comprueba la reiteración de la vulneración de los derechos de la población desplazada que ha comprometido varios núcleos familiares, "sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela". Esta situación se agrava porque las autoridades encargadas de brindar la protección a la población desplazada han requerido la interposición de la acción de tutela para cumplir con su obligación de atención a la población desplazada. Así, de acuerdo con lo expuesto en el caso, se presenta un estado de cosas de inconstitucionalidad pues la vulneración

de derechos de la población desplazada presenta una mayor gravedad que en los anteriores usos de la figura. En este caso la Corte expone con detalle por qué la normatividad, la política pública las funciones y el presupuesto han sido insuficientes para atender la problemática. En el presente caso se demostró: "a) La gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos⁴⁶. b) La existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas⁴⁷. c) La constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas⁴⁸. d) La omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios, entre estos la Corte destaca 'la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal. La Corte comprueba omisiones y falencias de la política y de los programas desarrollados, en definitiva la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. e) La continuación de la vulneración de tales derechos

41 Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

42 Corte Constitucional. Sentencia T-795 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

43 Corte Constitucional. Sentencia T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

44 Corte Constitucional. Sentencia T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

45 Corte Constitucional. Sentencia T-721 de 2003 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

46 "Ley 387 de 1997, artículo 1.

47 Este volumen se constata por el número de acciones de tutela interpuestas que según el sistema de información de la Corte Constitucional supera las 1.200.

48 Tal es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hacía el Inurbe, pues los recursos entregados correspondieron exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.



no es imputable a una única entidad, varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficen en igualdad de condiciones a la población desplazada. f) La vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él (ver apartado 6.3.2.)”.

En suma, la Corte declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional y señala que deben tomarse todos los remedios judiciales de acuerdo con la competencia de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, tendrán que adoptar los correctivos para superar esta situación. “Así el Estado deberá comprometerse con acciones positivas de orden prestacional y de defensa de la arbitrariedad para proteger los derechos de la población desplazada que han sido vulnerados y que llevan a esta situación de vulneración de la Carta”.

LAS ÓRDENES A LAS AUTORIDADES COMPETENTES

La Corte Constitucional frente a un Estado de cosas de inconstitucionalidad ha emitido órdenes dependiendo de la gravedad de la vulneración de los derechos objeto de tutela. Así, ha dictado

“órdenes de ejecución simple, generalmente referidas a órdenes de abstención o de acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. También ha dictado órdenes complejas, que exigen procesos de ejecución compleja, involucran a varias autoridades y requieren acciones coordinadas”⁴⁹.

En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucionales y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que haya o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y la poca capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

Las órdenes de carácter simple que también se dictaron en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela, y resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Cons-

49 En la sentencia T-595 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte hizo la siguiente distinción doctrinaria: “En síntesis, las prestaciones programáticas que surgen de un derecho fundamental le imponen un derrotero a la administración en el diseño de políticas públicas que gradualmente aseguren el cumplimiento de las mismas. Estas prestaciones son también garantías puesto que no son meros enunciados de buenos propósitos y buenas intenciones que la administración, si así lo desea, puede tratar de alcanzar. Precisamente el avance progresivo en el cumplimiento de estas prestaciones se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos constitucionales, a diferencia de las garantías que impiden hacer, las cuales son generalmente de ejecución simple puesto que se realizan en virtud de una orden de abstención dirigida al Estado que con su acción estaba violando o amenazando un derecho”.

titucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento.

Órdenes para la superación del estado de cosas inconstitucional

En cuanto a las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, la Corte comunicará a las autoridades con responsabilidades en el tema la declaratoria para que adopten, en el marco de sus competencias, y en un tiempo prudencial fijado por la Corte los correctivos que sean necesarios.

- Estas órdenes como lo señala la Corte “están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia”.

Por ejemplo en el caso de la sentencia T-025 de 2004 se ordena:

- a) Al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, a más tardar el 31 de marzo de 2004, que defina la dimensión del esfuerzo presupuestal para atender adecuadamente a la población desplazada, así como determine los mecanismos de consecución de recursos, adopten las decisiones que sean necesarias y establezcan alternativas viables para superar los posibles obstáculos que se presenten. Con este fin es importante que concurren Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director de Planeación Nacional.
- b) Las autoridades territoriales deberán convocar a los Comités de Atención a la Población Desplazada, dicha convocatoria es obligatoria en los municipios en donde se presenten situaciones de desplazamiento forzado.
- c) Las autoridades deberán redefinir los compromisos con la población desplazada de manera que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas.
- d) Ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la sentencia T-025 de 2004, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional.
- e) Frente a que las varias autoridades y entidades encargadas de la atención a la población desplazada que incorporaron la interposición de la acción de tutela como requisito previo para acceder a los beneficios definidos en la Ley 387 de 1997. Señala que viola el artículo 2 de la Carta, “y da lugar a lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, que establece que el juez de tutela puede prevenir a las autoridades para que no repitan las acciones u omisiones que generaron la violación de



los derechos. Por lo cual, en el caso presente, se prevendrá a las distintas autoridades para que no incurran de nuevo en dicha práctica manifiestamente contraria a los deberes de cualquier autoridad administrativa.

- f) Así también establece el procedimiento que deberán tener en cuenta las autoridades para atender a una persona desplazada y una carta de derechos.

Las órdenes necesarias para responder a las solicitudes de los accionantes en el presente proceso

Las acciones de tutela en este caso se interpusieron ante la falta de respuesta de las instituciones a las solicitudes para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socio económico, así como para el acceso a los servicios de salud, educación o para la prestación de ayuda humanitaria de emergencia, o para que se les inscribiera como desplazados en el Sistema Único de Registro. La Corte señala que en los casos en que se haya cumplido con el procedimiento definido para la ayuda solicitada, la ayuda debe ser entregada.

De acuerdo con la anterior notificación de la sentencia, la Sala ordena en plazos de entre 15 días a 1 mes, dar respuesta a las solicitudes de ayuda relativas al acceso a alguno de los programas de estabilización económica, proyectos productivos, capacitación, seguridad alimentaria, etc. y de vivienda. También ordena a la Red de Solidaridad realizar la evaluación de la situación de los peticionarios en un plazo no mayor a 8 días, para determinar si cumplen las condiciones objetivas del desplazamiento y, en caso afirmativo, darles acceso inmediato a las ayudas previstas para su protección; así también la Red debe evaluar para dar acceso a la ayuda humanitaria; el acceso a la

salud; el suministro de medicamentos y al sistema de seguridad social; el registro de tierras y bienes. Las entidades territoriales en coordinación con la Red de Solidaridad deberán dar soluciones al acceso a la educación de menores de 15 años.

Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes por parte de las distintas autoridades, la Corte comunica al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación quienes, dentro de la órbita de sus competencias, deberán efectuar un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigilar la actuación de las autoridades.

FINALIDAD DEL ESTADO DE COSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se observó de estos casos y como lo señala César Rodríguez “la declaratoria del estado de cosas de inconstitucionalidad tiene un fin práctico fundamental: impulsar al aparato estatal para que diseñe, implemente, financie y evalúe las políticas públicas necesarias para cesar la violación masiva de derechos que dio lugar a dicha declaratoria”⁵⁰. El uso de esta figura, a su vez, hizo visible situaciones de vulneración de derechos fundamentales, la ineficiencia del Estado para afrontarlas y la necesidad de corrección. En cuanto a la necesidad de corrección, la Corte, le ha dado seguimiento al cumplimiento de las sentencias que promueva la colaboración entre actores públicos y privados para la superación de la problemática o por lo menos para su atenuación⁵¹.

En este orden de ideas la Corte ha ordenado: el diseño de una política pública; planes y programas para brindar la protección de los derechos fundamentales; apropiaciones presupuestales;

50 Rodríguez Garavito, C. *Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*, op. cit.

51 Ibíd.

realización de contrataciones; se corrijan fallas de la administración pública que deriven en una violación de derechos fundamentales; se dicten normas para atender la situación o se eliminen aquellas que hayan podido crearlo.

Efectos de la sentencias

En los casos citados, la Corte ha señalado que aunque la acción de tutela tiene un efecto inter partes, se puede extender su aplicación a casos semejantes. Así, en los eventos de la declaratoria de estados de cosas de inconstitucionalidad, se ordena la adopción de programas, planes o políticas que benefician a personas diferentes de los accionantes, situación que implica que las órdenes de la Corte se extienden del caso concreto.

Debe resaltarse que la figura en los términos expuestos en este artículo tiene un carácter excepcional, pues además de comprobarse la violación masiva de derechos fundamentales, la falla estructural del Estado y la interposición de la acción de tutela para conjurar la situación, la Corte debe intervenir para que se impulsen determinadas políticas públicas y realizar un seguimiento a las mismas como a las diversas órdenes que haya dictado. La intervención de la Corte en estos aspectos no es deseable de forma permanente, pues además de desnaturalizar el rol del juez constitucional que es garantizar la guarda y supremacía de la Constitución, en estos casos, debe ponerse en marcha un proceso de seguimiento que en el marco de una limitada capacidad institucional de la Corte implica esfuerzos que desbordan su naturaleza judicial.

Audiencias y seguimiento a las órdenes impartidas

Con la sentencia T-025 de 2004 la Corte comenzó un proceso de seguimiento a las órdenes impartidas a las diversas autoridades encargadas

de brindar protección a la población desplazada. El fundamento de este seguimiento está contenido en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que señala que “el juez constitucional para el caso concreto puede mantener la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”⁵². En el caso de las acciones de tutela y teniendo en cuenta su objetivo, “es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado”⁵³. Para este fin, en el caso del desplazamiento forzado, la Corte ha proferido 80 autos y 13 audiencias públicas durante casi seis años⁵⁴.

La audiencias de seguimiento comenzaron a tener lugar un año después de notificada la sentencia, en que la Corte solicitó a las entidades interesadas en la protección de los derechos de los desplazados como son las asociaciones de desplazados, organismos internacionales, ACNUR, etcétera, realizar un informe sobre la situación del desplazamiento. De acuerdo con este informe se realizó la primera audiencia pública a la que fueron citados las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de la sentencia como fueron el Departamento Nacional de Planeación, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, así como

52 Sobre la competencia de la Corte Constitucional para dictar autos que aseguren que el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia de tutela, siempre que ello sea necesario, ver, entre otros, los Autos 010 y 045 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil). Ver también la sentencia T-086 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

53 Auto 10 de 2004.

54 Rodríguez Garavito, C. *Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*, op. cit. p. 17.



asociaciones de personas en condición de desplazamiento y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. Este tipo de audiencias especiales de seguimiento se convirtieron en un mecanismo para hacer seguimiento de las órdenes impartidas por la Corte; la última realizada fue en 2010.

El otro mecanismo de seguimiento son los autos dictados por la sala especial de seguimiento a la situación de desplazamiento, con ello la Corte hace seguimiento al cumplimiento de las órdenes establecidas en la T-025 de 2004. Hasta 2009 se habían dictado 84 autos para evaluar el cumplimiento de las órdenes efectuadas, entre ellas, solicitar el diseño y puesta en marcha de una política de desplazamiento; informes sobre la coordinación general del sistema de atención⁵⁵; mejoras en los sistema de registro de la población⁵⁶; realización de apropiaciones presupuestales, y por último, establecer indicadores que permitan evaluar el cumplimiento de la política pública⁵⁷.

EL CASO DE SALUD

Desde la primera sentencia que declara el estado de cosas de inconstitucionalidad, la sentencia SU-599 de 1997, hasta la sentencia T-025 de 2004, se observa que la figura adquiere solidez, se establece en ésta última con claridad los elementos que la conforman y que determinan el uso de la figura por parte de la Corte. No obstante, llama notablemente la atención que en el año 2008 con la sentencia T-760 de 2008 en la que se constata una vulneración masiva del derecho fundamental a la salud a una cantidad considerable de accio-

nantes a causa de fallas estructurales del Estado, la figura no haya sido utilizada. La Corte en dicha sentencia constata la vulneración masiva del derecho a la salud; la falla estructural del Estado para proteger a la población afectada, y con base en ello dicta órdenes para superar las fallas del sistema de seguridad social en salud.

A continuación, se explicará cómo el caso de salud cumplía con los requisitos establecidos en la sentencia T-025 de 2004 para establecer el estado de cosas de inconstitucionalidad, no obstante, esta declaratoria no tuvo lugar.

Frente a la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas, puede señalarse que uno de los derechos más afectados de la población colombiana es el derecho a la salud, así lo reconoce la sentencia T-760 de 2008, señalando que existe un gran número de tutelas para solicitar el acceso a los servicios de salud⁵⁸. Esta vulneración masiva y reiterada del derecho de salud por parte del Estado se presenta por permitir la incertidumbre frente a los servicios incluidos o no en el plan obligatorio de salud, POS, es decir, por su desactualización. Así, también desconoce el derecho, al permitir, que sólo a través de la acción de tutela se pueda obtener los servicios de salud, es decir, las entidades prestadoras del servicio a la salud (EPS) adoptan prácticas inconstitucionales para permitir el acceso a los servicios de salud; por admitir la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo, diferencia que es más gravosa para los menores de edad; por la ausencia de regulación clara que conduce a que no puedan hacerse efectivos los derechos de los usuarios cuando requieren un servicio de salud, diferente

55 Ver, por ejemplo, los autos: 081 de 2007; 284 y 251 de 2008; 170 y 171, 167 de 2007; 314 de 2009 y 383 de 2010.

56 Ver, por ejemplo, el auto 011 de 2011.

57 Ver, por ejemplo, los autos 109, 237 de 2007.

58 Esto es reiterado por la Defensoría del Pueblo así: “en el año 2008 su participación dentro de las tutelas en general fue del 41.52%, seguido por el derecho de petición, con un 32.9%, y el de la vida, con un 25.7%. La tutela y el derecho a la salud periodo 2006 a 2008. Defensoría del Pueblo 2008.

a un medicamento, no incluido en el POS, razones que llevan a que la tutela sea el mecanismo generalizado para acceder a servicios de salud no incluidos en el POS⁵⁹. La Corte a su vez comprueba que no existe un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requiere con necesidad y que el Estado no está asumiendo adecuadamente los servicios que demanda la población y que no están incluidos en el POS, afectando con ello el goce del derecho a la salud. De este modo, la Corte evidencia que las autoridades competentes no expidieron las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración del derecho a la salud.

En definitiva, en la sentencia T-760 de 2008 se exponen las fallas estructurales del sistema de protección del derecho a la salud y la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones, para garantizar los derechos. De esta manera da cuenta de cómo, en este caso, se presentan los requisitos establecidos en la sentencia T-025 de 2004 para establecer el uso de la figura. Así también da cuenta de la complejidad de la problemática “cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para llevar a cabo un conjunto complejo y coordinado de acciones, así como exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante”. **No obstante ello, la Corte no hace uso de la figura del estado de cosas de inconstitucionalidad, pero sí del procedimiento propio de este tipo de figura, como impartir órdenes a las autoridades competentes para que los problemas estructurales en el sistema de seguridad social en salud se superen.**

Del análisis de la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional no necesitaría de la figura del estado de cosas de inconstitucionalidad para lograr que las autoridades públicas y privadas in-

volucradas en la problemática tomen las medidas legislativas, administrativas y presupuestales necesarias para superar la problemática, sino, como lo hizo en este caso, puede como juez constitucional reiterar la jurisprudencia que determina que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo; impartir órdenes a las autoridades para que no se continúe vulnerando el derecho fundamental a la salud, y, señalar las subreglas para que los jueces resuelvan las acciones de tutela, en el marco de las decisiones anteriores en la materia.

El derecho fundamental a la salud y las subreglas ratificadas por la Corte

La Corte Constitucional, mediante la sentencia T-760 de 2008, reiteró línea jurisprudencial y unificó criterios sobre el reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo. Así determinó que son fundamentales “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) *todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*. Frente a este último requisito la Corte en sentencia T-859 de 2003 señaló que el derecho a la salud es un derecho fundamental, de manera autónoma, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de éstas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”.

Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios

59 Sentencia T-760 (MP: Manuel José Cepeda).



de salud contenidos en el POS, constituyen una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela⁶⁰. Así también señaló que su carácter de derecho fundamental se presenta porque en muchos casos el tutelante es un sujeto constitucional que merece una protección especial, como lo son los niños, la personas de tercera edad y las mujeres. Con esta jurisprudencia la Corte da cuenta de la evolución del derecho a la salud en el ámbito internacional y da cumplimiento a los convenios internacionales en la materia, suscritos por Colombia, así como, a la observación 14 de Naciones Unidas.

De este modo, mediante la sentencia T-760 de 2008 se “estima que el acceso a un servicio de salud requerido, previsto en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. En consecuencia, la negación de servicios incluidos en los planes obligatorios de salud, constituye una violación al derecho fundamental a la salud, ya que se trata de una prestación exigible y susceptible de protección a través de la acción de tutela”. Así también, se considera derecho fundamental en el caso de que un servicio de salud no esté incluido en los planes obligatorios, “pero que se requiera de manera urgente y comprometa la vida digna o la integridad de la persona, y por ello será también susceptible de ser exigido mediante el ejer-

cicio de la acción de tutela”. Por lo tanto, “el ámbito de protección, del derecho a la salud no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona o su integridad personal”⁶¹.

Además de establecer los criterios que explican que el derecho a la salud haya hecho tránsito a un derecho fundamental autónomo, y cómo se vulnera por la negación de un servicio incluido en el POS, la Corte establece una serie de subreglas constitucionales. “Las subreglas jurisprudenciales son normas de derecho constitucional que se obtienen a través de la extracción de la justificación jurídica de la decisión⁶², y son referentes necesarios para definir el contenido y alcance de un derecho fundamental”. Así, su sistematización en la sentencia T-760 de 2008, informa a los operadores jurídicos de cómo tomar sus decisiones frente a la vulneración y necesidad de protección del derecho a la salud.

Subreglas para garantizar el derecho a la salud⁶³

1. No se puede dejar de proteger el derecho a la salud por falta de pruebas.
2. Las entidades del sector de la salud no pueden obstaculizar el acceso a los servicios de salud, para obtener el pago del servicio.
3. No se puede negar el acceso a un servicio de salud, por omitir algunas cotizaciones, cuando la entidad se allanó a la mora al recibir nuevos pagos.

60 “Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que —(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...). En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante”.

61 Sentencia T-760 de 2008.

62 Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis, 2000.

63 Apartado 4.4.5.5 de la sentencia T-760 de 2008.

4. El deber de solidaridad y de asumir cargas soportables. Cuando una persona que tiene capacidad económica no paga el costo adicional que le corresponde para acceder a un servicio de salud no contemplado en el plan obligatorio de salud, la barrera al acceso es impuesta por la misma persona, no por las entidades de salud.
5. La prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad para garantizar el principio de integralidad.
6. Las entidades deben garantizar integralmente el acceso a los servicios de salud requeridos.
7. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud, libre de trámites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesarios.
8. El principio de continuidad; el acceso a un servicio de salud debe ser continuo, y no puede ser interrumpido súbitamente.
9. Acceso a los servicios de salud que requieren los sujetos de especial protección constitucional, como los niños y las niñas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la especial protección que merecen los niños en materia de salud. El derecho a la salud de los niños, en tanto *fundamental*⁶⁴, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado⁶⁵.

64 Según la Constitución (art. 44), “*son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)*”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

65 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de

Órdenes impartidas a las autoridades competentes

Respecto de las órdenes individuales la Corte señala en la sentencia T-760 de 2004 que se trata de violaciones flagrantes al derecho a la salud porque las “entidades obstaculizan el acceso a los servicios de salud requeridos. Las órdenes en estas situaciones buscan asegurar el goce efectivo del derecho a la salud de cada tutelante, impidiendo que por acción u omisión se obstaculice a una persona el acceso a un servicio de salud que requiera”.

En cuanto a las órdenes complejas la Corte señaló que las fallas en la regulación desconocen las obligaciones de protección del derecho a la salud, “su cumplimiento supone las acciones y omisiones de diversas entidades, en un período de tiempo dentro de su respectiva órbita de competencia”. La Corte busca que se superen los vacíos regulatorios que impiden la protección del derecho. De este modo, para lograr la garantía del derecho a la salud y superar las fallas estructurales del sistema de seguridad social, impartió órdenes al Gobierno nacional en cabeza de la Comisión de Regulación en Salud como son la actualización del POS; unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y adoptar un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado. Respecto de asegurar el flujo de los recursos en el sistema ordenó al FOSYGA acelerar los procesos de recobro; ordenó al Ministerio de Protección Social adoptar medidas para garantizar que todas las Entidades Promo-

1996 (MP: Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP: Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP: Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).



toras de Salud realicen un informe trimestral en el que se indique los servicios médicos que fueron negados, así mismo ordenó al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud “adoptar medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se requieran con necesidad”, entre otras.

Autos de seguimiento y normatividad expedidas por las autoridades competentes

La Corte dictó 13 autos generales y 33 específicos desde 2008 hasta la fecha para dar cumplimiento a las órdenes efectuadas en la sentencia T-760 de 2008. Respecto de los autos generales esto se ha concentrado en conformar los grupos de seguimiento (ACEMI y “Así Vamos en Salud”); la solicitud de informes y el traslado de la información, para su evaluación proveniente del Ministerio de Protección Social, así como de la Superintendencia Nacional de Salud. Entre la información evaluada están temas como la unificación gradual, sostenible e integral de los POS.

Así también, mediante estos autos la Corte ordenó la realización de informes a otras entidades involucradas en el cumplimiento de la sentencia, entre ellas, la Federación Colombiana de Municipios, la Federación Nacional de Departamentos, la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, para que señalaran si los cambios efectuados respecto de la financiación de los servicios que no se encuentran en el POS aseguran el flujo adecuado de los recursos. Mediante el auto del 30 de marzo la Corte ordena a los grupos de estudios evaluar el informe realizado por el Ministerio de Protección Social sobre la unificación gradual y sostenible de los POS de los niños y

las niñas. La Corte a su vez ha dictado autos específicos en los cuales ha señalado si las órdenes impartidas en la sentencia T-760 de 2008 se han cumplido. Las autoridades por su parte, ha dictado una serie de actos administrativos para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte, entre estas: la Resolución 3754 del 2 de octubre de 2008 del Ministerio de Protección Social, que determinó los requisitos especiales de la solicitud de recobros originados en fallos de tutela, causales de rechazo, devolución y de inconsistencia de los recobros. La resolución 416 del 18 de febrero de 2009 del Ministerio de la Protección Social, en la que modifica el sistema de recobro y establece el mecanismo de la glosas para otorgar servicios de salud no autorizados.

Entre la normatividad dictada por las autoridades competentes para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte, debe destacarse:

- El Decreto 3510 del 14 de septiembre de 2009 de la Presidencia de la Republica, por el cual se definió la “cobertura básica en salud departamental. Se entiende por cobertura básica en salud para los departamentos, el mantenimiento del esfuerzo financiero y fiscal realizado y destinado al régimen subsidiado. El Ministerio de la Protección Social certificará anualmente el cumplimiento o incumplimiento de dicha situación”. Así también se establece lo que se entiende por “cobertura en mortalidad infantil”.
- El Decreto 3668 del 24 de septiembre de 2009 del Ministerio de Protección Social, por el cual se definen los criterios y procedimientos para la distribución y giro de los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera de que trata el artículo 45 de la Ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.
- La Ley 1373 del 8 de enero de 2010, por la cual se garantiza la vacunación gratuita y obliga-

toria a toda la población colombiana, objeto de la misma, y se actualiza el Programa Ampliado de Inmunizaciones, PAI.

- La Ley 1384 del 19 de abril de 2010, que establece las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.
- La Ley 1388 de 26 mayo de 2010, para disminuir de manera significativa, la tasa de mortalidad por cáncer en los niños y personas menores de 18 años, a través de la garantía por parte de los actores de la seguridad social en salud, de todos los servicios que requieren para su detección temprana y tratamiento integral.
- El Decreto 1964 del 31 de mayo de 2010 del Ministerio de la Protección Social, por el cual se reglamenta el contrato electrónico para el aseguramiento del régimen subsidiado.
- El Decreto 1965 del 31 de mayo de 2010 del Ministerio de la Protección Social, por el cual se dictan disposiciones para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos que financian y cofinancian el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- La Ley 1392 del 2 de julio de 2010, por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la

protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores.

- La Ley 1393 del 12 de julio de 2010, por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud y evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redirigen recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.

CONCLUSIONES

Desde la primera sentencia que declara el estado de cosas de inconstitucionalidad, la sentencia SU-599 de 1997, hasta la sentencia T-025 de 2004, la Corte fue definiendo los elementos que deben presentarse para declarar el estado de cosas de inconstitucionalidad, entre los elementos que la Corte valoraría para declarar su existencia están la vulneración masiva de derechos constitucionales; la omisión prolongada de las autoridades para la protección de esos derechos; la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho demandando; la ausencia de medidas normativas y presupuestales para conjurar la vulneración; la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades y requiere procesos de coordinación y de articulación entre las mismas, y por último, la congestión judicial que se puede llegar a ocasionar si todas las personas solicitan el amparo de los derechos afectados.

A pesar de la sistematización de los anteriores elementos, la Corte en la sentencia T-760 de 2008, cuando constata una vulneración masiva del derecho fundamental a la salud, a causa de fallas estructurales del Estado, no utiliza la declaratoria de estado de cosas de inconstitucionalidad, sino,



decide utilizar otras figuras, de la órbita de su calidad de juez constitucional que ha ido consolidando a lo largo de estos 20 años, como son: la definición de los criterios para considerar al derecho de la salud como un derecho autónomo y las subreglas para fallar casos que sean similares a los supuestos de hechos ya estudiados por la Corte.

Estos elementos de juez de constitucionalidad, se combinan con los procedimientos propios del estado de cosas de inconstitucionalidad, como son: impartir órdenes a las autoridades competentes en la materia, formar una sala especial de seguimiento a esas órdenes y dictar autos para garantizar su cumplimiento. No obstante esta apreciación, no queda descartado que la Corte en un futuro vuelva hacer uso de la figura, toda vez, que la misma no ha perdido validez para este tribunal. Al respecto, la pregunta subsiguiente a realizar sería si ello es necesario, a sabiendas de que cuenta con otras herramientas apropiadas con su rol de juez constitucional para conjurar las crisis que afectan de forma masiva los derechos de los colombianos.

REFERENCIAS

Corte Constitucional, auto 045 de 2004 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional, auto 081 de 2007 (MP: Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional, auto 167 de 2007 (MP: Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional, auto 284 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda).

Corte Constitucional, auto 314 de 2009 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, auto 383 de 2010 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, sentencia C-215 de 2002 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional, sentencia SU-090 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, sentencia T-068 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, sentencia T-068 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

- Corte Constitucional, sentencia T-098 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, sentencia T-098 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, sentencia T-1346 de 2001 (MP: Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, sentencia T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández).
- Corte Constitucional, sentencia T-1635 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional, sentencia T-1695 de 2000 (MP: Marta Victoria Sáchica Méndez).
- Corte Constitucional, sentencia T-227 de 1997 (MP: Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional, sentencia T-227 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional, sentencia T-258 de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional, sentencia T-607 de 1998 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional, sentencia T-645 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional, sentencia T-645 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional, sentencia T-669 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, sentencia T-669 de 2003 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, sentencia T-721 de 2003 (MP: Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, sentencia T-795 de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).
- Gargarella, R. (2006). Courts and Transformations in new Democracies. En R. Garagerella et. al., *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate, Hampshire.
- Ley 387 de 1997 por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.
- López Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.



Rodríguez Garavito, C. et. al. (2009). *Más allá del desplazamiento o cómo superar un estado de cosas de inconstitucional, políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.



• CAPÍTULO IV •

PARTICIPACIÓN, SISTEMA ELECTORAL Y PARTIDOS

- ■ ■ ■ ■ Participación ciudadana
en la toma de decisiones

- ■ ■ ■ ■ El fortalecimiento de los partidos políticos:
¿Una tarea pendiente?

- ■ ■ ■ ■ Organización Electoral
en la Constitución de 1991

- ■ ■ ■ ■ Transformación y evolución
del sistema electoral

Fernando Giraldo G.

Politólogo, con Maestría y Doctorado en Ciencias Políticas. Investigador, consultor y asesor sobre temas de reformas políticas, procesos electorales y partidos políticos. Profesor y directivo de las universidades Javeriana de Bogotá y Cali, Sergio Arboleda, EAN, Del Norte, Rosario, Universidad Nacional de Bogotá y Santiago de Cali, entre otras. Ha sido consultor o investigador de organismos internacionales y nacionales como Procuraduría, Distrito Capital, Registraduría, CNE, PNUD, CAPEL-IIDH, NDI, IDEA y diversas ONG. Asimismo actualmente es investigador y docente de las Universidades Católica-Salerno de Italia. Autor de varios textos y múltiples artículos sobre temas electorales, de partidos, de participación y sobre la conducción política de la fuerza pública.



Participación ciudadana en la toma de decisiones

Por: Fernando Giraldo G.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas políticos democráticos que se caracterizan por un superávit facilitan la participación de los ciudadanos, entendiendo que ella se distingue de la movilización política, que es convocada desde el poder, desde el gobierno, frecuentemente para plebiscitar sus decisiones.

Desde la Constitución de 1991, en Colombia, el debate académico, político, social e institucional sobre la participación se ha incrementado, favoreciendo la práctica participativa y el constante reclamo de vigencia y desarrollo de la misma, con el argumento de que ese era su fundamento. Sin embargo, dicha polémica no ha estado exenta de altibajos que se relacionan con unas dimensiones conceptuales de cómo entender la democracia participativa en relación con la representativa, así como la comprensión sobre la democracia directa e indirecta. La profunda crisis política que sacudía al país, en la época durante la cual se formuló la nueva Constitución, favoreció una alta expectativa sobre el alcance y la rapidez con que se quería alcanzar una democracia participativa para el tratamiento de todos los temas de la sociedad. Por ello cualquier balance sobre la institución de la democracia participativa debe ser ponderado con la necesidad de asumir el tiempo que requiere la

asimilación cultural de los principios y objetivos que se prometen con dicha Constitución.

Colombia es un país muy extenso y complejo, profundamente heterogéneo en los aspectos culturales y geográficos. Pero el fortalecimiento de las instituciones ha favorecido la voluntad y las condiciones para que se incremente la participación en el proceso de toma de decisiones y en la adopción e implementación de políticas y cambios en la esfera política, de servicios públicos, educación, cultura, seguridad y movilidad. Se ha creído igualmente que la intervención ciudadana en los temas de salud ha sido decisiva. Sin embargo, al observar la profunda crisis que tiene este sector, se podría pensar que la participación ciudadana ha sido precaria y de muy poca efectividad.

Es necesario precisar que antes de la actual Constitución existían importantes mecanismos y prácticas de participación, que se ampliaron y profundizaron después de 1991. Sin embargo, un verdadero y completo balance aún está pendiente sobre las oportunidades, el alcance y las restricciones de la participación.

El objetivo de este trabajo a partir del texto de la Constitución, en algunos casos con su desarrollo legal, es evaluar la vigencia de la demo-

cracia participativa. La interpretación es una herramienta necesaria, la cual será directa, crítica y constructiva. Es claro que ha habido avances muy significativos, con desánimos y retrocesos en varios casos. Pero además, las constantes reformas han neutralizado el alcance y las posibilidades de desarrollo e impacto de la participación en los asuntos de la sociedad. El desarrollo del conflicto interno y la forma como éste ha sido atendido en sus diferentes momentos, posterior a la expedición de la actual Constitución, ha desvirtuado, limitado o sacrificado la participación e inclusión de diversos sectores sociales o de población en la atención y apropiación de un protagonismo más activo, reconocido y oportuno por parte de los ciudadanos.

El enfoque del trabajo se centra en considerar el orden institucional consagrado en la Constitución y la ley, que regula la participación, con la relevancia del contexto del país, de sus vicisitudes y de sus posibilidades. Se mirará de modo especial el surgimiento de nuevas oportunidades para participar y el uso de los recursos e instrumentos que se desprenden de la Constitución. No se trata de un asunto meramente cuantitativo, operativo o logístico, sino que tiene que ver con un contexto complejo y político: de participación, corrupción, inclusión, instituciones y reformas.

Muy a pesar de la Constitución y de lo extendida de la participación por todo el país, en realidad sólo desde la institucionalidad se anima y demanda la participación política, en buena medida restringida a todo lo que gira en torno al voto, lo cual es positivo pues se han creado nuevos mecanismos de participación, poco aplicados, pero esenciales. No obstante, requerimos un mayor impulso de otras formas, particularmente la ciudadana, social y comunitaria, con la utilización de referendos, consultas populares, plebiscitos e iniciativas populares a nivel departamental y local.

Este trabajo está dividido en cinco capítulos: una introducción, unas consideraciones sobre la eficacia de la participación en la toma de decisiones, una revisión sobre las modalidades de participación y participantes, de quienes participan haciendo real la inclusión y la democracia, una evaluación sobre la participación política y electoral y unas conclusiones.

LA PARTICIPACIÓN COMO CONCEPTO Y DEFINICIÓN: EFICACIA DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO Y LA TOMA DE DECISIONES

En el artículo 2, la Constitución Política de 1991 define de manera explícita que garantiza y consagra “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”.

Por participación se puede entender la intervención de los ciudadanos en la selección de sus gobernantes y representantes, así como en la toma de decisiones sobre políticas públicas. La diferencia con los países no democráticos consiste en que en estos la acción de movilización política de los individuos está dirigida a legitimar o plebiscitar un gobierno, un régimen o una acción de poder.

Participar significa hacer parte de alguna cosa o tomar parte en un asunto específico. Ello implica participar en la toma de decisiones o en el proceso de toma de decisiones, a nivel consultivo, de apreciación o de recomendación.

La participación, a través de los diferentes mecanismos, tiene propósitos explícitos e implícitos, los cuales según la Constitución y la ley varían mucho dependiendo de las dimensiones de la participación: actores, objetivos, escenarios, recursos, ámbitos, nivel territorial y sectores (Borda, Giraldo y Losada, 2002, p. 153).



Lo anterior nos compromete a entender que la participación tiene manifestaciones o expresiones diversas: política, ciudadana, social, comunitaria y popular, las cuales se pueden prestar para confusiones o imprecisiones.

Por participación política entendemos la intervención de los ciudadanos en asuntos políticos que son de interés público, con la existencia de una clara interrelación con el Estado y cuyo resultado e impacto transforman de manera explícita e inmediata el sistema político. Un ejemplo de ello es la participación a través del sufragio universal en su forma de voto, cuando se trata de asuntos públicos. Por participación ciudadana se entiende la acción de los ciudadanos en temas públicos, con obligada interrelación con el Estado y sin afectar de manera clara e inmediata la naturaleza o el funcionamiento político del sistema de gobierno. Puede ser importante reiterar que todas las formas de participación política son ciudadanas, transformando al sistema político. La participación política es ciudadana, pero no todas las formas de participación ciudadana son políticas. En la participación política no se agota la ciudadana. Esta última es mucho más extendida y numerosa.

Por participación social se asume aquella dirigida a temas que pueden o no ser de interés particular o interrelacionarse con el Estado y no afecta al sistema político. Por participación comunitaria se entiende aquella que está motivada por temas de interés particular, no tiene interrelación con el Estado y no afecta al sistema político. Esta forma de participación está circunscrita a un territorio, con información precisa y una comunidad determinada y determinable. En el lenguaje corriente, a veces a nivel académico e institucional, se utiliza el término de participación comunitaria refiriéndose a la participación de los ciudadanos, con connotaciones de aquella que se origina en los sectores populares o comunitarios, de orden social y político y por fuera del

control del Estado. En la Constitución no se hace una suficiente distinción entre participación ciudadana y comunitaria.

Igualmente existe la figura de participación popular, con una fuerte carga ideológica, muy unida a experiencias de organizaciones sociales de orientación de izquierda. Por ello en este trabajo se prescinde de este término para evitar acentuar las imprecisiones y la falta de mayor diferenciación de las diversas formas de participación proclamadas o implícitas en la Constitución.

A pesar de las ambigüedades, la Constitución es formalmente muy participativa y facilita la puesta en vigencia de una democracia más incluyente. Fue presentada como aquella que permitió pasar de la democracia representativa a la participativa. En realidad no se trata de encontrar o de construir un sustituto a la representación, sino de ampliar la complementariedad que debe existir, buscando que el sistema sea más incluyente, democrático y participativo. En ese sentido se definieron mayores mecanismos de consenso y acuerdo. No es acertado presentar la participación ciudadana como si fuera una alternativa por exclusión de la representación, que igual se define a través de una participación directa. La democracia participativa permite, a través de una intervención indirecta, facilitar las decisiones que se toman en otras instancias distintas a la ciudadana o sólo para opinar o dar a conocer una percepción o simpatía sobre un asunto público.

La democracia representativa y la participativa, como hechos sustantivos, son complementarias y se pueden construir indistintamente a través de formas directas e indirectas. Estas últimas, en frecuentes oportunidades, son más de orden instrumental, más como medios o recursos que de contenido. La participación es tomar parte (Cunill, 1991: 44); por tanto ella existe no sólo para fundar la representación sino para reforzarla.

La democracia participativa es más por la forma de participar o por el alcance o impacto de dicha participación. "Sería un error entender democracia participativa como una forma de gobierno en la que la gran mayoría de los ciudadanos participa directamente en la mayor parte de las decisiones que les conciernen. En las complejas democracias contemporáneas, ese tipo de participación simplemente no es viable. No lo es porque, así lo deseara, el ciudadano carece del tiempo que semejante grado de participación requiere. Además, es muy probable que el ciudadano no se sienta capacitado para opinar con madurez sobre muchos de los problemas sobre los cuales se requeriría una decisión gubernamental" (Borda et. al., 2002, p. 156).

Uno de los grandes dilemas de la participación se centra en cómo ampliar la inclusión social y política a partir de la intervención de los diferentes actores sin dejar incrementar la corrupción política que termina limitando el volumen de la participación y su alcance en el logro de los objetivos respectivos; en incentivar la igualdad a partir de una cada vez mayor equidad. Equidad fundamentalmente para los sectores más vulnerables: pobres, mujeres, personas con limitaciones físicas, minorías étnicas, etcétera. Desde esa perspectiva, la participación se entiende como parte de la equidad y para su propio desarrollo.

Para facilitar la participación y la inclusión debemos preocuparnos menos por los controles sobre la corrupción. Si queremos potenciar la participación, debemos reglamentar lo menos posible. Entre menos control innecesario exista de la participación, tanto mejor.

Por el otro lado, es pertinente preguntarnos sobre el impacto, las ventajas y los alcances que tiene la institucionalización y la estatización de la participación. Así mismo sobre si debemos condicionar los derechos de los ciudadanos a su partici-

pación, especialmente allí en donde no es vigente la obligatoriedad de utilizar mecanismos de participación para validar decisiones.

La democracia implica un método de equidad en la competencia por el poder. Y la equidad exige el respeto a la diversidad y la inclusión. Sin ser suficiente, es importante que la ley asegure que el pueblo pueda libremente constituir decisiones mayoritarias sobre los asuntos de gobierno. Para asumir la participación podría ser muy importante considerar las diversas necesidades por atender: la inclusión real y amplia y garantizar los derechos políticos, sociales y económicos.

Constitución y ley

Una cultura política democrática presupone el compromiso, la confianza, la tolerancia que implican la aceptación de la diversidad, la inclusión y la participación. Pues bien, en la perspectiva de construir unos valores deseables, la Asamblea Nacional Constituyente, atendiendo la voluntad popular expresada en su convocatoria, se propuso establecer un modelo de participación democrática que fuese la estela que cubriese toda la estructura política, jurídica y social del sistema colombiano. En el preámbulo y en los artículos 1 y 2, se establecieron los propósitos esenciales del ordenamiento constitucional y legal, los cuales eran garantizar igualdad, libertad y paz, para lo que se define un modelo democrático y participativo. Este modelo consagra la participación como un principio fundamental, al cual no se puede negar, sustraer o verse impedido.

«Artículo 10. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de



la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

«Artículo 20. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.»

Los principios constitucionales tienen una fuerza de obligatoriedad para toda la construcción social. La Corte Constitucional, en la Sentencia de tutela T-406 de 1992, indica que “su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana”.

MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN Y PARTICIPANTES

La participación ciudadana está en relación con el interés por los asuntos públicos. Las personas participan en la sociedad por diversos intereses; cuando se trata de asuntos públicos nos acercamos a la participación política y ciudadana.

Tratamiento constitucional y reformas

La democracia significa que la decisión de las mayorías favorezca a toda la comunidad, no sólo a las mayorías, pero mucho menos debe garantizar favorecer exclusivamente a minorías por su poder de persuasión, de corrupción o de prevalencia social.

Es pertinente advertir que las constantes reformas constitucionales nos enfrentan a un balance parcial de la Constitución debido a las ya incluidas y constantes reformas, así como al impacto de las mismas.

La Constitución de 1991 es un conjunto coherente muy integral en donde el principio de participación, más allá de lo electoral, se encuentra garantizado. El preámbulo y los artículos primero y segundo, como lo hemos visto, consagran los principios fundamentales. El artículo tercero define los principios de soberanía popular. El artículo quinto trata sobre los derechos de la persona. El artículo séptimo acepta y reconoce la diversidad étnica y cultural. El artículo noveno respeta la autodeterminación de los pueblos.

De otra parte, la participación además de ser un derecho es un deber, tal como lo consagra el artículo 95 de la Constitución, pues establece como deberes del ciudadano “participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; propender al logro y mantenimiento de la paz, colaborar por el buen funcionamiento de la administración de justicia y [...] velar por la conservación de un medio ambiente sano”.

El artículo 40 de la Constitución consagra el derecho a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, no sólo mediante el uso del sufragio universal para elegir y ser elegido, sino a través de otros mecanismos de participación como el referendo, la revocato-

ria del mandato, la consulta popular, la iniciativa legislativa, el cabildo abierto y el plebiscito. Así mismo el artículo 107 da el derecho a fundar, organizar y pertenecer a partidos políticos. El artículo 258 consagra el voto como un derecho y un deber y en el artículo 259 se establece el voto programático para las elecciones de gobernadores y alcaldes.

De igual manera, el artículo 78 constitucional establece que “El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen [...] las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”. A su vez, el artículo 369 establece que por ley se debe asegurar la protección de los usuarios de los servicios públicos “y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”.

En salud, el artículo 49 define que los servicios de salud se deben organizar de forma descentralizada, por niveles de atención y con la participación de la comunidad. Los principales recursos de participación en el sector salud son: las alianzas o asociaciones de usuarios, los comités de ética hospitalaria, el comité de participación comunitaria en salud (COPACOS o CPC) y los consejos de seguridad social en salud. Si bien esto aparece constitucionalmente, la verdad es que de poco ha servido para garantizar un servicio de mayor calidad y accesible en igualdad para todos los colombianos como lo evidencian la realidad actual del sector y las inconsistencias en la normatividad legal. Lo anterior está puesto en evidencia por los urgentes reclamos de modificar no sólo la Ley 100 de 1993 sino de hacer ajustes constitucionales.

En educación, el artículo 68 considera que la comunidad educativa debe participar en la dirección de las instituciones de educación. Pero esto requiere de una actividad sistemática de consenso de autoridades territoriales, educativas, padres de familia, docentes y estudiantes. El desarrollo legal con la Ley 115 de 1994 es de los más importantes no sólo en términos de participación, sino en derechos. Con esta Ley se logra ubicar la educación en un plano menos coyuntural y de gobierno, dándole algo más estructural, como problema de Estado y de sociedad y como un sistema general de educación.

Otros artículos alusivos a lo ambiental (72, audiencias públicas administrativas sobre decisiones ambientales; 73, el derecho de petición de información en relación con los elementos que pueden producir contaminación; 79 y 95 sobre participación de la comunidad en materia medio ambiental; 76, que protege y garantiza la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales —mas no los afrodescendientes—) son un avance muy significativo y que ha logrado grandes desarrollos legales con un gran impacto en la vida del país y de las comunidades que antes se encontraban completamente desprotegidas.

Sobre fiscalización

El artículo 270 define que “la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”. El artículo 103 establece como una obligación estatal promover y asegurar “la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de



representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

Por el artículo 152, el Congreso debe regular mediante ley estatutaria los mecanismos de participación ciudadana. Gracias a estas normas constitucionales se pudieron incluir en la Ley 134 de 1994 las veedurías ciudadanas como mecanismos de participación que consagran el derecho de los ciudadanos a participar en la vigilancia de la gestión pública, sus resultados y la prestación de servicios públicos. De esta manera, la participación en forma de veedurías que se ejerce en todos los territorios ha permitido procesos de desarrollo que satisfagan necesidades básicas. No existe restricción alguna para que los ciudadanos puedan participar en la acción y gestión de las veedurías.

De acuerdo con el artículo 273 constitucional se puede ejercer fiscalización de la gestión pública cuando en una licitación se puede solicitar que esta tenga lugar en audiencia pública, buscando transparencia e imparcialidad.

Asuntos económicos

Sobre el derecho al trabajo y la participación en la producción, encontramos los artículos: 55 sobre el derecho a la negociación colectiva, que cada vez se aplica menos por la sistemática desaparición y disolución de los sindicatos o asociaciones de trabajadores; 56 sobre el derecho a la huelga, de la misma manera cada vez menos practicada; 57 que remite a la ley los estímulos y medios para la participación de los trabajadores en la gestión empresarial. Sin embargo, la ausencia del estatuto del trabajo agravó la situación de los trabajadores y empleados con la arbitraria, distorsionada y abusiva creación de las formas cooperativas de trabajo asociado, que termina-

ron negando derechos fundamentales logrados desde tiempos lejanos. Pero en el artículo 64 se le entrega al Estado la obligación de promover la propiedad asociativa de los trabajadores del sector agrario. Así mismo, el 333 promete el fortalecimiento de las organizaciones solidarias.

Participación en la planeación municipal

La participación de los ciudadanos en la discusión de los planes de desarrollo (artículo 342) a nivel municipal y departamental, a pesar de las tradicionales mesas de trabajo participativas, ha sido escasa en realidad. Dichos recursos son poco utilizados y con pobre impacto en el diseño y la formulación final de los mencionados planes.

Según diversos autores que han trabajado este tema¹ una porción muy pequeña de la ciudadanía reconoce los derechos que tiene para participar en el proceso de planeación y es escéptica sobre el alcance de dicha participación. La participación ciudadana es muy condicionada por las autoridades sobre los temas a opinar y el alcance y peso de dichas opiniones. Los consejos territoriales de planeación poco funcionan y sus conceptos no tienen mucha fuerza y arraigo.

Son las organizaciones sociales no gubernamentales quienes han venido cumpliendo un papel cada vez más decisivo en los procesos de planeación. Políticamente lo que al final prevalece son las consideraciones del alcalde y de sus aliados en el concejo municipal.

Según Restrepo, “existen rupturas en el proceso normativo, es decir, un decreto fija la instancia de participación, pero no las personas que la componen; o se establecen la instancia de par-

1 Ver Torres (1996), Ceballos y Martín (2001, 119-120).

ticipación y las personas, pero no se señalan los objetivos; o se determinan la instancia, personas y objetivos, pero no se obliga a una temporalidad en la convocatoria y en la acción; o se cumplen las cuatro condiciones anteriores, pero se no les dan recursos, y así sucesivamente. Los decretos reglamentarios de participación tienen rupturas normativas sobre las cuales se apoya una cierta desidia de los funcionarios públicos, con el fin de tener un pretexto para no impulsar el proceso continuo de participación” (2002: pp. 85-86)².

La Constitución extiende sus principios democráticos en los niveles departamentales y municipales. Esto se consagra en los artículos 303 y 314 que permiten la elección popular de alcaldes y gobernadores. Actualmente en algunos casos de elección popular de gobernadores y en múltiples y más frecuentes eventos de elección popular de alcaldes, estos procesos han venido siendo capturados y cooptados por la corrupción política y diversas organizaciones criminales. Lo anterior ha minado el impacto de la participación ciudadana como elemento de legitimación del establecimiento de los gobernantes locales y departamentales. La elección popular de alcaldes y gobernadores ha sido un avance significativo neutralizado por la corrupción, el delito y por una intervención inequitativa y parcializada de muchos medios de comunicación en la competencia local por el poder. Esto ha conducido parcialmente a capturar la participación electoral a nivel local y regional.

El artículo 314 permite la participación ciudadana en los asuntos públicos locales, así como los artículos 318, 322, 323 y 324, permiten a los ciudadanos de las localidades, comunas, corregimientos participar en los programas y planes de desarrollo económico, social y administrativo.

Para las comunidades indígenas, los artículos 229 y 230 permiten a los representantes de estas comunidades conformar el gobierno de sus territorios, lo cual se revierte en la gestión, particularmente cuando se trata de la explotación de recursos naturales que se encuentren en sus territorios. Esta situación, siendo un gran avance, permanentemente ha sido fuente de tensiones y choques con las autoridades políticas, ambientales, culturales y de justicia. Para las comunidades ancestrales de origen afrodescendiente, estos derechos aparecen menos claros.

Pluralismo y derechos e la mujer, las poblaciones vulnerables y las minorías étnicas

Según el artículo 13, los ciudadanos son iguales ante la ley y se difunde el principio de la no discriminación cuando se ordena al Estado garantizar condiciones de equidad para que la igualdad sea una realidad y tomar “medidas a favor de grupos discriminados y marginados”. Los artículos 43, 7, 8, 72 y 329, obligan al respeto de la igualdad y los derechos de la mujer, a la diversidad étnica y cultural de la Nación. Estas normas constitucionales se han desarrollado a través de iniciativas como las cuotas de género en los procesos electorarios y en los niveles decisorios de la administración pública y las circunscripciones especiales indígenas en el Senado y la Cámara de Representantes y para afrodescendientes en esta última cámara.

Sin embargo, en el caso de los afrodescendientes, dada la estructura del sistema electoral que se dirige a fortalecer a los partidos de mayorías ideológicas nacionales, la participación electoral de organizaciones sociales y políticas de minorías étnicas ha sucumbido a una atomización de sus candidaturas, a una débil estructura electoral y a una dispersión de su representación en el Congreso, todo lo cual ha debilitado severamente

2 En Borda, Giraldo y Losada, 2002, p. 223.



la capacidad de interlocución y empoderamiento político de estas comunidades en el poder central.

SOBRE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y ELECTORAL

La participación electoral es quizás una de las formas de participación más reformada en la Constitución y también de las más reglamentadas en estos veinte años. Lo anterior tiene sentido en la medida que es bien sabido que los países viven frecuentemente ajustando su sistema electoral y, dentro de él, la participación política.

Reformas

La Constitución ha sufrido frecuentes y ya numerosas reformas que han incidido en la participación de los ciudadanos. Muchos de estos ajustes se han dirigido a favorecer la participación política para premiar gobernantes (Acto Legislativo 02 de 2004 sobre la reelección presidencial), ajustes al periodo de los mandatarios locales, ajustes legales a la figura de la revocatoria de mandato y reformas al sistema electoral y de partidos para fortalecer y modernizar los mismos. En estas reformas (Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009) se ha rediseñado la estructura del voto, se ha establecido el umbral electoral legal, se ha modificado el método electoral para asignar las curules a las corporaciones, se ha impregnado de mayor valor legal y utilidad política al voto en blanco, se ha fortalecido la figura de los grupos significativos de ciudadanos, etcétera. La figura del voto electrónico, contemplada en la Constitución de 1991 y validada por la Ley 892 de 2004, aún no se ha implementado.

El significado e impacto de estas reformas está pendiente de poder ser considerado con la suficiente serenidad y profundidad, pues su im-

plementación es demasiado cercana como sacar conclusiones definitivas, ponderadas y justas.

Participación electoral

La participación electoral es un asunto primordial en los sistemas democráticos, aunque sigue siendo objeto de controversia si los niveles de participación y abstención son determinantes para la legitimidad de la autoridad de gobierno. Quienes ponen exclusivamente el énfasis en el número de los participantes en el proceso electoral, concluyen que una alta abstención quita legitimidad al poder establecido. Pero quienes a su vez creen que lo más importante son las condiciones de seguridad, libertad y garantías para participar electoralmente, no le prestan tanta atención al número de aquellos que participan activamente en el proceso electoral. Una democracia no es necesariamente más fuerte por un nivel muy alto de participación electoral.

«Históricamente el nivel de la participación electoral ha sido bajo [...] Los niveles de participación en los años 30 eran los mismos de los años 70s y 80s» (en Borda et. al., 2002; Pinzón y Rothberger, 1991: 136).

A partir de la Constitución de 1991, los porcentajes de participación activa se han mantenido, con algunos altibajos, conservando la tendencia histórica señalada. Desde 1998, cuando aparecen legalmente las tarjetas no marcadas, su registro ha ido en constante aumento. Posterior al Acto Legislativo 01 de 2003 los votos en blanco han progresado. La explicación se puede encontrar en su fortalecimiento legal. A su vez, los votos nulos se dispararon desde 2003, como consecuencia de la complejidad de la tarjeta electoral. En 2006, para el Senado, los votos nulos superaron 1.250.000, correspondiendo a 12% de los votos emitidos. Para la Cámara de Representantes

los votos inválidos se acercaron a 1.300.000, con un porcentaje similar de 12% de los emitidos en todos los territorios para dicha corporación. En las elecciones de 2010 para Senado y Cámara de Representantes, el porcentaje de votos nulos se mantuvo cercano al de 2006 y fue aproximado a 11%, en ambos casos.

Las cifras electorales muestran cómo los comicios presidenciales y para alcaldías tienden a suscitar un nivel mayor de participación con respecto a las elecciones legislativas y departamentales.

Con las reformas constitucionales de 2003 y 2009 se impulsaron las consultas populares e internas de los partidos y movimientos para la escogencia de candidatos a cargos de elección popular, la selección de las autoridades de gobierno de los partidos y sobre sus programas. Estas consultas siguen siendo optativas.

Mecanismos de participación política y ciudadana

Ya se había hecho una reflexión sobre la distinción o las diferencias entre la participación política y la ciudadana. En la Constitución de 1991 existen al menos 65 artículos que de manera directa regulan y garantizan la participación de los colombianos como derechos: el primero y el segundo; el 40, sobre control político; del 41 al 78, sobre derechos sociales; el 88, sobre poder acudir a las acciones populares; del 82 al 94, sobre acciones de tutela, populares y de cumplimiento; el 103, sobre concertación, control y vigilancia; el 107 y el 108, sobre militancia partidista; el 108, sobre consultas de los partidos y movimientos políticos; el 133, sobre responsabilidad del elegido frente al elector; el 20 y el 239, sobre los derechos de información y de petición; el 259, sobre el mandato programático; el 273, sobre contratación; el 339 y el 340,

sobre participación en la planeación; el 350, sobre rubro presupuestal para el gasto público social.

Pues bien, todo este andamiaje de normas logra despertar en los ciudadanos su reconocimiento como sujetos con derechos e incluidos. No obstante, las expectativas han sido muy altas y no han podido ser suficientemente satisfechas.

El principal instrumento de desarrollo legal para organizar y garantizar la participación ciudadana y política es la Ley 134 de 1994, pero a pesar de su introducción y justificación, se queda muy corta en la promoción de formas de participación social y comunitaria, girando principalmente en torno al voto: revocatoria de mandato, referendo, plebiscito, consulta popular y voto.

Estos mecanismos han sido utilizados en un número relativamente bajo si consideramos los veinte años de vigencia de la Constitución, las necesidades existentes y el proceso de asimilación de la nueva Carta Política por parte de los ciudadanos.

El balance es el siguiente:

- Referendo de carácter nacional: sólo uno, el de 2003.
- Referendo para creación de municipios: ha sido uno de los instrumentos más utilizados. Se ha recurrido a él en más de 80 oportunidades.
- Revocatoria de mandato: los intentos fueron relativamente numerosos en la primera década de vigencia de la Constitución, pero serían menos importantes en esta segunda década. La explicación podría encontrarse en lo complejo y dispendioso de la reglamentación existente para su aplicación. Es pertinente hacer las preguntas: ¿debería ser más fácil



elegir que revocar el mandato? o ¿debería ser más difícil elegir que revocar el mandato? El tema de la estabilidad gubernamental es un elemento que conspira contra esta figura. Lentamente la utilización de este mecanismo ha ido madurando para evitar un abuso en su recurrencia.

- Plebiscito: no ha sido utilizado.
- Consulta popular: de poca utilización en el ámbito nacional, es una herramienta más recurrente en los municipios para decidir sobre asuntos importantes.
- Iniciativa popular: siendo muy importante para la participación popular, su excesiva reglamentación ha limitado su utilización.
- Cabildo abierto y veedurías ciudadanas: son los mecanismos de participación más utilizados y al parecer de mayor utilidad política cotidiana.

CONCLUSIONES

La Constitución de 1991 tuvo el mérito de ser el resultado de un encuentro de consenso en la perspectiva de la paz y de lograr un ordenamiento político incluyente. Esa Constitución debe ser más acuciosa en la aplicación de reconocimientos a todos aquellos que la cumplan.

Como la Constitución desarrolla la participación como un derecho y como un principio de construcción del sistema democrático, se deben considerar puntualmente todos los instrumentos y recursos que la posibiliten de manera real y efectiva.

En parte su vigencia ha estado afectada por el desconocimiento sobre los diferentes instrumen-

tos existentes y por la falta de mayor voluntad de los agentes públicos y en el Estado para procurar, animar, demandar, incentivar, reconocer y premiar dicha participación.

Es importante que las diferentes formas y los diversos mecanismos de participación sean ampliamente conocidos, diferenciados y reglamentados, de tal manera que sean aplicables. La existencia de una normatividad compleja, restrictiva y dispendiosa (para el caso de consultas populares, plebiscito, revocatoria de mandatos, iniciativas populares legislativas o normativas) desanima su utilización.

REFERENCIAS

Borda, C., Giraldo, F. y Losada, R. (2002). Evaluación del desarrollo y la implementación de la institución de la democracia participativa introducida en la Constitución de 1991. En *Conmemoración y evaluación de los diez años de vigencia de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional, Mininterior.

Ceballos, M. y Martín, G. (2001). *Participación y fortalecimiento institucional a nivel local en Colombia*. Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana.

Cunill, N. (1991). *Participación ciudadana: Dilemas y perspectivas para la democratización de los estados latinoamericanos*. Caracas: CLAD.

Giraldo García, F. (2007). Legislación y reglamentación para poblaciones afrodescendientes en Colombia. En *Estudios sobre la participación política de la población afrodescendiente: la experiencia en Colombia* (pp. 17-82). San José: IIDH.

McClosky, H. (1975). Participación política. En *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*, vol. 7 (pp. 625-636). Madrid: Aguilar.

Restrepo Botero, D. I. (2002). Dilemas de planeación participativa: relaciones entre el Estado, las ONGs y las comunidades. En *Varios Enlaces y rupturas* (pp. 55-91). Bogotá: Parcomún y Diakonía.

Vargas Velásquez, A. (1994). *Participación social, planeación y desarrollo regional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Vargas Velásquez, A. (1994A). La participación ciudadana: posibilidades y límites. En *Política colombiana*, IV, 2. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Verba, S. N. y N. H. Kim, J. (1978). *Participation and political equality*. Cambridge: Cambridge University.

Zimmerman, J. (1992). *Democracia participativa: el resurgimiento del populismo*. México: Limusa.



Floralba A. Padrón Pardo

Candidata a Doctora por la Universidad de Alicante. Miembro del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.



El fortalecimiento de los partidos políticos: ¿Una tarea pendiente?

Por: Floralba A. Padrón Pardo

En el presente artículo expondremos las características de las organizaciones políticas en los veinte años de vigencia de la Constitución de 1991. Hemos dividido la exposición en dos grandes partes: una primera que dará cuenta del reconocimiento constitucional de las organizaciones políticas (concepto, requisitos y prerrogativas) y una segunda parte en la que se hará referencia a la integración constitucional plena a través de mecanismos que persiguen su fortalecimiento. El objetivo de este artículo será demostrar que el fracaso en el proceso de fortalecimiento de las organizaciones políticas está relacionado con la desconexión entre el marco normativo y la realidad, con la ausencia de modificaciones al sistema electoral y a la organización y el funcionamiento del Congreso de la República

En este trabajo hemos preferido hablar de organizaciones políticas y no sólo de partidos políticos porque la Constitución les ha otorgado relevancia y concedido facultades a un amplio abanico de asociaciones para participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos. Dentro de las organizaciones políticas agrupamos a los partidos políticos, los movimientos políticos,

las agrupaciones políticas, las organizaciones sociales y los grupos significativos de ciudadanos (artículos 40, 107 y 108 de la Constitución)¹. Así mismo, centramos el análisis de las organizaciones políticas haciendo referencia a las influencias que reciben del diseño del sistema electoral y de la organización y el funcionamiento del Congreso de la República, pues desbordaría los objetivos de este trabajo el estudio de las demás corporaciones de elección popular del país.

Podemos dividir en dos etapas la regulación constitucional de las organizaciones políticas en Colombia: una primera etapa que comienza con la Constitución de 1991 hasta la reforma constitucional de 2003, que llamaremos reconocimiento constitucional, y una segunda etapa que va desde 2003 hasta la actualidad, que llamaremos proceso de fortalecimiento de las organizaciones políticas (integración constitucional).

¹ La Corte Constitucional también ha defendido hablar de organización política como figura que engloba a todas las asociaciones con relevancia constitucional. Al respecto, puede consultarse el fundamento 1.5 de la sentencia C-089 de 1994.

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS

Por primera vez en 1991 el ordenamiento jurídico reconoce constitucionalmente a las organizaciones políticas como elemento esencial para el fomento de la democracia representativa y participativa².

Delimitación conceptual

La Constitución contempla a las organizaciones políticas sin definir las ni otorgarles funciones específicas. Sin embargo, podemos definir las como asociaciones libres que se forman para participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, y en la vida democrática del país (artículos 40 y 108). Las organizaciones políticas son los sujetos legitimados para acceder al poder político a través de la postulación de candidaturas y listas en los procesos electorales. Su creación y desarrollo es una facultad reservada exclusivamente para los ciudadanos colombianos

(artículos 40 y 107). Los extranjeros residentes no pueden ejercer los derechos políticos, salvo el ejercicio del derecho al voto en elecciones municipales y distritales en los términos y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (artículo 100).

Las organizaciones políticas reconocidas constitucionalmente son: los partidos políticos, los movimientos políticos, las agrupaciones políticas, las organizaciones sociales y los grupos significativos de ciudadanos. Se pueden diferenciar en atención a la temporalidad o permanencia en el tiempo en el desarrollo de las actividades; por el objeto para el que han sido creadas, si tienen el ánimo de participar activamente en todos los asuntos políticos con un programa definido o, por el contrario, están circunscritas a la ejecución de un mecanismo de participación o a un proceso electoral específico; y por las prerrogativas estatales a las que tienen derecho.

Las organizaciones políticas con vocación de permanencia en el tiempo son los partidos políticos y movimientos políticos. Sólo se diferencian por el *nomen iuris* que adopten (partido o movimiento). Son estas organizaciones las que se forman para desarrollar actividades políticas, procesos electorales y participar en asuntos públicos de manera general. Por su parte, las agrupaciones políticas, los movimientos sociales y los grupos significativos de ciudadanos, se forman para participar en un asunto público en concreto y por lo tanto su vocación de duración tiene un carácter temporal. Sin embargo, la Ley 130 de 1994 (Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos) contempló definiciones y varios criterios diferenciados³. Pese a este intento

2 En Colombia existen registros de ‘partidos políticos’ desde 1848 con el Partido Liberal, y 1849 con el Partido Conservador, pero el ordenamiento jurídico no los reconocía. En relación con el tratamiento del ordenamiento jurídico a las organizaciones, podemos mencionar cuatro fases: indiferencia durante casi todo el siglo XIX; hostilidad con la Constitución de 1886 que prohibía en su artículo 47 “las Juntas políticas permanentes”; o la prohibición de la “actividad política comunista” en 1954. Sin embargo, bajo la vigencia de la Constitución de 1886 encontramos un reconocimiento tácito de los partidos políticos o lo que se podría llamar una fase de aceptación. Un ejemplo de ello son las menciones en los artículos que regulan el sistema electoral, la escogencia de la regla de cociente electoral para garantizar la representación proporcional de los partidos políticos; o la constitucionalización de la alternancia en el poder de los dos partidos políticos tradicionales (Liberal y Conservador). Y una cuarta fase de integración al orden constitucional en 1991. Al respecto, puede consultarse Hernández Becerra, A. (2004) “La regulación Jurídica de los partidos políticos en Colombia”. En: Análisis comparado de los partidos políticos en América Latina: normativa y práctica. San José de Costa Rica: International Idea (Institute for Democracy and Electoral Assistance).

3 En el artículo 2 de la Ley 130 de 1994 se establecen los siguientes criterios diferenciadores: en primer lugar, denomina instituciones a los partidos y asociaciones a los movimientos; en segundo lugar, en cuanto a la temporalidad, los partidos tienen carácter permanente y los movimientos, temporal; en tercer lugar, en relación con los fines que persiguen, mientras que los partidos “promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y con-



clasificador poco afortunado del legislador, los partidos y movimientos políticos constitucionalmente se presentan como figuras semejantes: reciben el mismo tratamiento, cumplen los mismos objetivos y tienen acceso a los mismos derechos y prerrogativas con el reconocimiento de la personería jurídica.

La Constitución contempla elementos, un conjunto de potestades y garantías para las organizaciones políticas. En la parte dogmática de la Constitución las encontramos expresamente reconocidas como una manifestación del derecho a la participación política (artículo 40). Pero la creación y el desarrollo de las organizaciones están cobijados en el contenido de la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación, la libertad de expresión y de pensamiento (artículos 20, 37 y 38).

La regulación constitucional de las organizaciones persigue la materialización del principio del pluralismo político, desde dos puntos de vista: formal y material. Desde el punto de vista formal, la plena libertad para la creación que permitiera la existencia y presencia de un amplio número de organizaciones políticas, razón por la cual rechaza cualquier límite que pudiese impedir la formación libre de organizaciones y abusos por parte de los organismos estatales encargados de su reconocimiento: "En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos" (artículo 107). El multipartidismo político contribuirá a una mayor representatividad y legitimidad democrática en las corporaciones de elección popular

tribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas", el movimiento tiene como fin "influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones"; y un cuarto criterio es funcional al establecer funciones sólo para los partidos políticos: "los partidos reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen en la formación y manifestación de la voluntad popular".

(Congreso de la República, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales).

Desde el punto de vista material, los ciudadanos tienen amplia libertad para la organización interna y para delimitar la plataforma política de las organizaciones políticas. Estas debían reflejar el pluralismo social, étnico y todas y cada una de las ideologías. La Constitución de 1991 no establece ningún límite, no exige organización democrática interna ni limita los alcances del programa político. Se enmarca en un concepto de democracia abierta, no impone límites al pluralismo y admite la incorporación de cualquier ideología siempre y cuando los que participen en la competencia para el acceso al poder no atenten contra las reglas de juego del sistema democrático y respeten los presupuestos para su existencia. Así lo ha defendido la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 1994 (fundamento 2.2.5) cuando expresó que el concepto de un pluralismo político vigente consistía en "una serie de reglas de juego que imponen el respeto de la decisión mayoritaria tomada por el pueblo y la vigencia de las libertades públicas que lo hacen posible".

Con fundamento en el alcance que la Corte Constitucional le otorgó al artículo 40.3 ("Todo ciudadano tiene derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna"), resultaba constitucionalmente admisible la coexistencia de todas las alternativas ideológicas en Colombia, sólo sometidas al respeto del procedimiento democrático y los derechos fundamentales. La organización electoral no está facultada para hacer un análisis de los programas, ni verificar cumplimiento de ningún requisito para permitir la vida de cualquier organización electoral⁴.

4 En el artículo 2 de la Ley 130 de 1994 se establecen los siguientes criterios diferenciadores: en primer lugar, denomina instituciones a los partidos y asociaciones a los movimientos; en segundo lugar, en cuanto a la temporalidad, los partidos tienen carácter permanente y los movimientos, temporal; en

La democracia en Colombia “es compatible con la existencia de contenidos ideológicos diferentes tanto en las decisiones políticas como en la actividad política”, y permite la expresión de todas las alternativas. Tanto de aquellas que defiendan el orden constitucional preestablecido, como de aquellas que pretendan el cambio a través de las vías constitucionalmente establecidas y con el respeto a los derechos fundamentales.

Requisitos para la existencia de las organizaciones políticas

Las organizaciones políticas eran asociaciones libres, a las que no se les exigía ningún requisito para su organización y funcionamiento. En la Constitución no encontramos referencia a estatutos, programa político, organización democrática interna, comités directivos, afiliación y militancia, ni a los miembros de corporaciones de elección popular. En desarrollo de la libertad de asociación, en cualquier tiempo se podía crear una organización política. Sin embargo, para poder tener derecho a las prerrogativas estatales debían pedir el reconocimiento de la personería jurídica al Consejo Nacional Electoral (artículo 265.8).

La Constitución contempla la existencia de partidos y/o movimientos políticos con personería jurídica y sin personería jurídica. Estos últimos en clara situación de desventaja al no poder disfrutar de los beneficios de la personería jurídica.

tercer lugar, en relación con los fines que persiguen, mientras que los partidos “promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas”, el movimiento tiene como fin “influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones”; y un cuarto criterio es funcional al establecer funciones sólo para los partidos políticos: “los partidos reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen en la formación y manifestación de la voluntad popular”.

La personería jurídica sólo se reconocía a los partidos y/o movimiento políticos. Da derecho al goce de las siguientes prerrogativas: derecho de postulación de candidaturas y presentación de listas de candidatos; derecho a la financiación estatal para el funcionamiento y la realización de las campañas electorales; acceso a los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo; y los derechos que se desprenden del Estatuto de la Oposición⁵ (artículos 108-112).

Para tener derecho al reconocimiento de la personería jurídica se necesitaba que las directivas del partido y/o movimiento político pudieran acreditar alguna de las siguientes situaciones: presentar la solicitud con el apoyo de 50 mil firmas; haber obtenido el mismo número de votos en las últimas elecciones; o tener representación en el Congreso (artículo 108). Sin embargo, el artículo 3 de la Ley 130 de 1994 contempló dos requisitos formales adicionales: la presentación de copia de los estatutos y la plataforma política. Estos requisitos son comunes y necesarios en la vida de cualquier organización política y presupuesto, pero no facultaban a la organización electoral a hacer una revisión del contenido respectivo.

El tiempo de disfrute de la personería jurídica será el período del Congreso, es decir, los cuatro años del mandato de las Cámaras. Tal plazo será

5 El artículo 112 de la Constitución establece: “Estatuto de la Oposición: Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas (...)”. Este es un mandato a la espera de configuración legislativa. Los intentos de regulación sólo han establecido los contenidos del derecho de la oposición: acceso a la información, a la documentación oficial; al uso de los medios de comunicación oficial y participación en los organismos electorales. Como lo establecido en los artículos 32-36 de la ley 130 de 1994. O el carácter de intangibilidad del derecho de la oposición en el parágrafo 1 del artículo 4 de la ley 137 de 1994. Y el último esfuerzo fue la regulación de la ley 996 de 2005, que son garantías para la igualdad en la participación en las elecciones, cuando haya un presidente-candidato.



renovable luego de la conformación del Congreso, con la verificación del número de votos obtenido por cada organización y la asignación de las curules (artículo 108). Se extingue cuando la organización no logre el apoyo suficiente, o representación en el Congreso, o cuando así lo establezca el estatuto del partido o del movimiento político respectivo.

El mandato representativo

Con el reconocimiento constitucional de las organizaciones políticas como vehículo para acceder a los cargos públicos y a los cuerpos colegiados, la relación representativa ya no es elector–representante sino elector–organización política–representante. Sin embargo, la posición de la organización política en esta relación no se veía reflejada en el diseño del marco normativo de la representación política en Colombia. La Constitución se enmarca en una representación política liberal con soberanía popular, el congresista representa al pueblo, es libre en el ejercicio de su mandato y sólo está obligado a consultar “la justicia y el bien común” (artículo 133). En la Constitución de 1991 se reconoce a las organizaciones políticas en un modelo de representación liberal con un congresista con mandato libre, sin sujeciones a organizaciones intermedias. La representación política tiene dos bandas: una es la del circuito representativo (relaciones congresista–partidos y electores), que establece que ante la sociedad y frente a sus electores, el representante elegido es responsable políticamente del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. La Constitución no contempla ningún poder de las organizaciones políticas sobre sus miembros elegidos.

En la otra banda de la representación, la que impide las interferencias del interés privado en el mandato representativo, la Constitución blinda al congresista con un listado de incompatibilidades, la obligación de publicar los asuntos morales y

económicos que puedan afectar su participación en los debates y las votaciones (régimen de conflicto de intereses) y regula la acción de pérdida de investidura. Dentro de las causales para revocar el mandato, como la acción de pérdida de investidura, hay causales taxativas y ninguna persigue castigar la actuación contraria al programa del partido o los intereses de los electores. En la regulación del Estatuto del Congresista también se contempla el listado de las inhabilidades, es decir, las causales para los que no pueden inscribirse como candidatos al Congreso, confundiendo con ello los controles de las candidaturas y el Estatuto del Congresista (artículos 179-187).

La contradicción interna en el texto de la Constitución entre organizaciones políticas y mandato representativo, sumada a la desconexión del marco normativo con la realidad, contribuyó a que no se pudiese superar el déficit de representatividad ni a una mayor legitimidad en nuestras instituciones, no hubo una mejora en la representación política, ni se produjo la inclusión de todos los sujetos políticos en el circuito democrático —que eran las causas de la convocatoria de la constituyente y una de sus objetivos—.

La libertad para crear las organizaciones políticas expuesta en la Constitución de 1991 se tradujo, en la práctica, en un tránsito del sistema bipartidista a uno multipartidista engañoso, que ha sido caracterizado por Pizarro Leongómez como “atomización de los partidos tradicionales —Liberal y Conservador— y fragmentación de las minorías políticas (agrupaciones políticas, religiosas, étnicas y regionales), donde no se habla de partidos políticos sino de microempresas electorales, entendidas como empresas electorales que se disputan el campo de la representación política”⁶.

6 Pizarro Leongómez, E. (2001). Colombia: ¿Renovación o colapso del sistema de partidos? En M. Alcántara Sáez y J. M. Ibeas Miguel (Eds.), Colombia ante los retos del Siglo XXI Desarrollo, democracia y paz (pp. 99-126).

Una primera razón de la desconexión entre realidad y norma: el reconocimiento constitucional de las organizaciones políticas no estuvo acompañada de cambios en el sistema electoral, que hicieran fundamental la actuación colectiva. La Constitución de 1991 mantuvo el sistema electoral vigente bajo la anterior Constitución, el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral). Salvo el establecimiento de circunscripciones diferentes para las Cámaras, una electoral nacional para el Senado, territorial para Cámara y circunscripciones especiales para minorías en términos generales, refrendó los aspectos principales del sistema: la presentación de múltiples listas y bloqueadas —avales de partidos— (artículo 258); financiación electoral individual y la regla del cociente electoral y residuo (artículo 263)⁷. No se prohibía la doble militancia. Las organizaciones políticas únicamente tenían protagonismo en el momento de la inscripción de candidaturas y el otorgamiento de avales a listas electorales. No tenían ninguna injerencia en la escogencia de los candidatos, la elaboración de las listas ni en la realización de las campañas electorales, eran los candidatos quienes seleccionaban al partido para el otorgamiento del aval.

Una cosa fueron los objetivos perseguidos por la Constituyente y otra lo que materialmente ocurrió con la puesta en marcha del reconocimiento constitucional del pluralismo político y la flexibilización para la fundación y el desarrollo de organizaciones políticas. La flexibilización y la libertad en la creación de dichas organizaciones sin exigencia de democracia interna ni reglas sobre afiliados y

militantes fueron utilizadas para burlar la idea de la Constituyente. La laxitud de las exigencias para constituir organizaciones políticas propició la creación de muchos partidos políticos fantasmas, realidades postizas que buscaban beneficiarse de los recursos de la financiación estatal y del acceso a los medios de comunicación estatales, lo que redundaba en el deficitario desarrollo de las funciones del Congreso de la República: cuando las organizaciones políticas dejan de organizar las campañas electorales, en particular la campaña para las elecciones a Congreso de la República, ni la logística ni la financiación dependen de los cuadros directivos de la organización, se presenta un escenario que propicia, aún más, la desarticulación entre los congresistas de un mismo partido político. Dicho de otra manera, esto favorece fenómenos como el transfuguismo político, la indisciplina parlamentaria, la ausencia de unidad de acción entre los miembros del mismo partido en las Cámaras en el procedimiento de formación de la ley y en el control político al Gobierno.

Una segunda razón del fracaso del marco normativo: la organización y el funcionamiento del Congreso de la República no fueron regulados en función de las organizaciones políticas sino en función del congresista individual. La regulación constitucional de las principales funciones hace parte del haz de facultades y derechos reconocidos al congresista. Así, por ejemplo, en el desarrollo de la función legislativa “las leyes podrán tener origen en cualquiera de las cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros” (artículo 154); “el proyecto de ley negado en primer debate podrá ser considerado por la misma cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella [...]” y el control político “la moción de censura [...] deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara” (artículo 135.9).

En la misma línea, la Ley Orgánica del Reglamento de las Cámaras, Ley 5 de 1992, ha

Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. En la misma línea, D. Roll y C. Guzmán Mendoza (2005). Factores que dificultan la comprensión y caracterización del sistema de partidos en Colombia. En Partidos políticos y Congreso. Elites Políticas y mayorías parlamentarias en Colombia en la década de los noventa. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Nacional de Colombia (pp. 31 y ss).

⁷ Vanegas Gil, P. (2008). Estudios de Derecho Electoral. (pp.103-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



sido estructurada privilegiando la actuación del congresista individual. Dicha ley se refiere a los partidos y/o movimientos políticos, cuando regula el procedimiento para la conformación de las mesas directivas de las Cámaras, al establecer que su composición deberá reflejar la representación de los partidos políticos en la Corporación. De igual forma, obliga a darle participación a los minoritarios. Y en la integración de las mesas de las comisiones, estipula que presidente y vicepresidente pertenezcan a partidos políticos diferentes. No obstante, el protagonismo de los partidos y/o movimientos políticos se agota en la conformación de las mesas del Senado y la Cámara de Representantes, y sus comisiones respectivas (artículo 40). De tal manera que en la redacción de casi la totalidad de la ley prevalece la actuación del congresista individual frente a la colectiva. En la organización de las funciones: intervenciones, interrupción del debate, todo el procedimiento de elaboración de la ley —presentación de los proyectos, discusión y votación—, las funciones de citaciones a funcionarios de la Rama Ejecutiva (artículos 97, 107, 113, 140, 155, 223, 234, 237, 244, 249 y 258, respectivamente).

Las reglas para la conformación de las comisiones del Congreso, expuestas en el artículo 6 de la Ley 3 de 1992, le otorgan un rol protagónico a los partidos y movimientos políticos para la presentación de la propuesta sobre la organización de las comisiones constitucionales permanentes. Esto en la práctica se ha traducido en que cada partido político designa a una o varias personas como compromisarias para hacer la negociación y entre todas puedan concertar la propuesta de conformación de las comisiones. La regla es el cociente electoral, el cual resulta de dividir el total de escaños en la cámara respectiva entre el número de escaños que tiene cada comisión. De esta manera cada partido divide el total de escaños en cada cámara entre el cociente y eso arroja

el número de curules a que tiene derecho en cada una de las comisiones⁸.

El papel protagónico de las organizaciones políticas se presenta en la constitución de las mesas directivas, en la elección de presidencias del Senado de la República y la Cámara de Representantes y en la conformación de cada una de las comisiones constitucionales permanentes. Una vez constituidas las comisiones, los congresistas miembros de la misma organización actúan como células independientes en el procedimiento de elaboración de las leyes y en los debates de control político. El número de proyectos de ley presentados por los congresistas es mucho mayor que el presentado por los partidos políticos⁹. El funcionamiento cohesionado entre los miembros de los partidos nunca llegó a efectuarse en la práctica, salvo en casos concretos de proyectos neurálgicos para el Gobierno. Son frecuentes los apoyos individuales a los proyectos de ley, en particular a los del Gobierno. Con independencia de que se pertenezca a un partido de la oposición o que no apoye al Ejecutivo, es

8 Por regla general, los compromisarios se ajustan a la regla del cociente y a los residuos para hacer la negociación sobre la composición final de todas las comisiones constitucionales permanentes. Sin embargo, es posible, como ocurrió para el período actual 2010-2014, que fruto de esta negociación en la conformación de la Comisión I del Senado de la República, donde originalmente el Partido Liberal sólo alcanzaba a tener tres senadores, por acuerdos entre los partidos políticos se le otorgó un escaño adicional. El número total de escaños en el Senado es 102. La Comisión I tiene 19 escaños. El cociente fue 5.3684. El número de senadores elegidos por el Partido Liberal fue 18, lo que por derecho propio le otorga tres puestos en esa Comisión y los acuerdos le concedieron una curul más para un total de 4 Senadores. Al respecto, puede consultarse www.secretariasenado.gov.co.

9 Al respecto, pueden consultarse los archivos de la Secretaría del Senado de la República, los informes legislativos desde el año 1997-1998. Allí se puede apreciar cómo el número de iniciativas legislativas individuales es mayor que las presentadas por una organización política. <http://www.secretariasenado.gov.co/estudios.htm>. De acuerdo con datos del Ministerio del Interior, Dirección para el Fomento de la Democracia en la Legislatura 2010-2011, de iniciativa parlamentaria en trámite en Senado y Cámara: 30 y 63, respectivamente.

muy normal y frecuente que éste encuentre apoyos en todos los partidos. El Ejecutivo negocia con los congresistas para recabar apoyos a cambio de cuotas burocráticas¹⁰.

El Congreso siguió la misma línea y el esquema de relaciones con el Gobierno existentes bajo la Constitución de 1886. Había plena libertad para que cada congresista actuara individualmente y no existía ninguna sujeción del candidato electo a la organización política que avaló su candidatura. No se prohibía retirarse voluntariamente del partido, ni hacer parte o actuar con un partido distinto a aquel por el cual se fue elegido. Era fácil que el Ejecutivo manipulara y fabricara las mayorías en un escenario carente de disciplina parlamentaria, permisivo con el transfuguismo parlamentario y con la doble militancia y con un Reglamento del Congreso en donde las funciones legislativa y de control estaban estructuradas en atención a la figura del representante individual. Esto ha redundado en una baja calidad en las leyes y un exceso de protagonismo del papel de la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional de las leyes.

Este escenario ha obligado a revisar los requisitos formales y materiales para la conformación de organizaciones políticas, a establecer principios rectores y requisitos más rigurosos e instrumentos que mitigasen la indisciplina parlamentaria y el transfuguismo político con el fin de fortalecer las organizaciones políticas y dotar de legitimidad democrática las corporaciones de elección popular.

LA SEGUNDA FASE DEL FORTALECIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS: LAS BANCADAS

El déficit de representación del Congreso de la República y las malas prácticas en las legislaturas

(indisciplina parlamentaria y transfuguismo) condujeron a reformar la Constitución con dos objetivos principales: fortalecer los partidos políticos y racionalizar y hacer más eficiente el trámite legislativo y de control político de las Cámaras¹¹. Las principales medidas adoptadas en la reforma del año 2003 relacionadas con el objeto de este artículo las sintetizamos a continuación¹²:

En relación con las organizaciones políticas: las organizaciones políticas ya no gozarán de plena libertad en su organización y funcionamiento, pues se impone la regla de la organización democrática interna. Deberán contar con un régimen disciplinario que reglamente la forma

11 Esta fase de fortalecimiento está regulada en dos reformas constitucionales: el acto legislativo No. 1 de 2003 y el acto legislativo No. 1 de 2009.

12 Otros cambios establecidos en el acto legislativo No. 1 de 2003: las organizaciones políticas podrán realizar consultas internas para la toma de decisiones y escogencias de candidatos para lo cual contarán con las prerrogativas de financiación y acceso a medios; la violación de los topes de financiación será causal de pérdida de investidura o del cargo; se financiarán con recursos estatales las consultas internas de las organizaciones políticas; las organizaciones políticas con personería jurídica tienen derecho a usar los medios de comunicación que utilizan el espacio electromagnético; las organizaciones políticas con personería jurídica que expresamente se declaren en oposición al Gobierno podrán acceder a los derechos que se desprenden del Estatuto de la Oposición (artículos 107-109); los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las Mesas Directivas de los Cuerpos Colegiados (artículo 111); procedimiento legislativo: anuncio previo con un día de anticipación de los proyectos que deban ser votados; publicación previa, con mínimo un día de antelación para el debate y votación del acta de conciliación elaborada por la comisión de conciliación; en las tarjetas electorales deben identificarse la organización política y los candidatos (artículo 258); se establece la obligación de implementar el voto electrónico (artículo 258); le otorga efectos prácticos a la votación en blanco, cuando logre la mayoría absoluta deberá repetirse la elección y no se podrán presentar las listas que en las elecciones no hubieren alcanzado el umbral (artículo 258); elección y composición del Consejo Nacional Electoral: estará compuesto por nueve miembros que se elegirán para un período de cuatro años por el sistema de cifra repartidora por el Congreso de la República, previa postulación de las organizaciones políticas con personería jurídica o coaliciones entre ellas (artículo 264).

10 Ver nota al pie No. 7.



de actuación de sus miembros en cada una de las corporaciones de elección popular. Los miembros elegidos de cada lista electoral conformarán una bancada y estarán obligados a actuar con disciplina de grupo, salvo en los temas que se establezcan como 'asuntos de conciencia'.

Personería jurídica: además de los partidos y/o movimientos políticos, se amplía el reconocimiento a los grupos significativos de ciudadanos. Se establecen requisitos más severos para su obtención: será necesario que, en elección para Cámara o Senado, las organizaciones políticas superen un umbral de 2% de los votos válidos emitidos en el territorio nacional, salvo las circunscripciones de minorías para las que bastará haber alcanzado representación en el Congreso. Se constitucionaliza el sistema de reposición de votos para financiación de las campañas electorales de las organizaciones políticas con personería jurídica, siempre y cuando superen el porcentaje de votación establecido en la ley.

Funcionamiento interno del Congreso de la República: se constitucionaliza la disciplina de grupo como regla para actuación en las Cámaras. Los miembros elegidos en las listas electorales de los partidos y movimientos políticos o ciudadanos formarán una bancada, que deberá actuar coordinadamente en los debates y votaciones, sujetándose a las decisiones adoptadas en los respectivos estatutos. La disciplina parlamentaria se exceptúa sólo en deliberaciones en las cuales se involucren 'los asuntos de conciencia'¹³ que hayan

sido delimitados por el mismo partido o movimiento. La vulneración de la disciplina de grupo (bancada) acarreará la imposición de sanciones por la respectiva organización política que tendrá efectos directos en las Cámaras. La Constitución establece los límites de las sanciones que pueden contemplarse en los estatutos de la organización política: la expulsión del miembro del partido y de la bancada respectiva y la pérdida del derecho al voto, y además, las sanciones tendrán efectos directos en la organización y el funcionamiento del Congreso de la República.

Sistema electoral: se constitucionalizan la barrera electoral (umbral), las listas y candidaturas únicas y el sistema proporcional de cifra repartidora para asignar las curules. La presentación de listas y candidatos únicos por cada una de las organizaciones políticas, la lista deberá tener como máximo el mismo número de los escaños a repartir. Las listas podrán ser bloqueadas o desbloqueadas (voto preferente), esta última opción permite a los votantes reorganizar la lista, votar por la organización y por el candidato respectivo. La barrera electoral o umbral para poder tener derecho a la asignación de curules: de 2% de los votos sufragados para Senado y 50% cociente para las demás corporaciones; cifra repartidora como el método para adjudicación de curules.

La reforma ha tenido efectos en la vida de las organizaciones políticas y efectos en el modelo de representación política diseñado y acogido en la Constitución colombiana de 1991. Se establece una limitación constitucional a la libertad de funcionamiento de las organizaciones políticas: los partidos y movimientos políticos deberán organizarse democráticamente (artículo 107). Se constitucionaliza la facultad de las organizaciones para realizar consultas internas y populares con el fin

13 La delimitación de los asuntos de conciencia es competencia exclusiva de los estatutos de las organizaciones políticas, así lo expresó la Corte en la sentencia C-089 de 2006: "los asuntos de conciencia deben ser determinados en los estatutos de los partidos y movimientos políticos. En este sentido, en ejercicio de la autonomía de que gozan los partidos y movimientos políticos, el establecimiento de las reglas de juego en esta materia debe hacerse al interior de estas organizaciones de manera autónoma y democrática, sin que tengan que sujetarse a unos parámetros preestablecidos por el legislador. No obstante, dichos asuntos deben responder razonablemente a cuestiones

típicas de conciencia, consideradas y definidas como tales en otras disciplinas o ciencias".

de adoptar decisiones y escoger sus candidatos. La realización de las consultas populares contará con financiación estatal, publicidad y acceso a los medios de comunicación. Se amplía el margen de actuación de las organizaciones políticas frente al cada vez más reducido margen de los ciudadanos para participar en las campañas electorales, que podrán participar previo el cumplimiento de requisitos de seriedad y sin el goce de prerrogativas que se desprenden de la personería jurídica. Se amplía el reconocimiento de personería jurídica para los grupos significativos de ciudadanos, lo cual impone un mandato al legislador para configurar el régimen aplicable a estos.

El efecto de la puesta en marcha de las modificaciones al sistema electoral (listas electorales, bloqueadas o con voto preferente, umbral y cifra repartidora) ha sido la disminución de los partidos y/o movimientos políticos existentes en nuestro país. Después de las elecciones de 2006, de los 62 existentes, sólo mantuvieron su personería 17; y luego de las elecciones de 2010, sólo quedaron 12¹⁴, lo cual refleja que las medidas impuestas apuestan más por la gobernabilidad de las instituciones que por la representatividad al implementar reglas del sistema electoral que promuevan por un menor número de organizaciones, pero más grandes en virtud de la reagrupación de las ya existentes.

Las listas únicas por organización política constituyen un avance, pero este se ha visto desdibujado por la posibilidad de presentarlas desbloqueadas, con voto preferente, lo que ha supuesto una lucha interna entre los miembros de la misma organización y un elemento que acentúa la falta de cohesión, la 'operación a vista' de las múltiples listas se reconduce al interior de las lista del propio partido. Los cambios del sistema elec-

toral introducidos a través de reformas constitucionales por sí solas no dan cuenta del cambio que ameritan todas las reglas electorales en Colombia que están obligadas a coexistir con un marco normativo vetusto que requiere una verdadera configuración legislativa¹⁵.

En relación con la organización y el funcionamiento del Congreso: la regla de actuación en bancadas ha supuesto el inicio de una nueva etapa. Esta nueva forma de entender la actuación de los congresistas elegidos por una misma lista electoral comporta grandes desafíos y transiciones en la relación congresista-organización política; potestades individuales del congresista en el procedimiento de elaboración de las leyes, del ejercicio del control político, en la organización del Congreso, de las Cámaras, y una transición del mandato representativo hacia el mandato de partidos. Es la piedra angular del proceso de fortalecimiento de los partidos en el Congreso de la República, que va más allá del intento de regulación de las bancadas realizado en la Ley 974 de 2005.

Constitucionalmente las bancadas se identifican con un partido y/o movimiento político. La lista electoral es la que determina la conformación de la bancada, por lo que el funcionamiento y la adopción de decisiones de la bancada están sometidos al régimen disciplinario del partido y/o movimiento político¹⁶. Esto plantea varios proble-

14 Consejo Nacional Electoral. Resolución No. 1057 del 13 de julio de 2006.

15 Hernández Becerra, A. (2000). La reforma política: superávit constitucional y déficit legislativo. Revista Derecho del Estado No. 9. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. El 28 de septiembre de 2011 fue presentada una iniciativa gubernamental, fruto del trabajo de una comisión compuesta por el Consejo Nacional Electoral, el Consejo de Estado, parlamentarios y el Ministerio del Interior, y la cual tiene un carácter más compilatorio de la normativa legislativa electoral que medidas innovadoras. Actualmente en trámite en la Comisión I de Senado, como Proyecto de Ley No. 142/11 en Gaceta del Congreso No. 725/11.

16 El concepto de bancadas ligado a la lista electoral también ha sido defendido por la Corte Constitucional. En sen-



mas prácticos: ¿qué sucede con las listas que sólo adquieren un escaño?, ¿este congresista tiene un haz de facultades más amplio que los demás, por constituir una sola bancada?, ¿tiene las mismas facultades que las bancadas de varios miembros?, ¿qué régimen disciplinario debe guiar a los congresistas elegidos de listas presentadas por grupos significativos de ciudadanos?

La reforma de 2003 estableció una tensión entre principios del régimen liberal clásico de representación con principios constitucionales democráticos por la imposición de reglas de un Estado de partidos: la transición del mandato representativo libre hacia el mandato de partidos. El momento actual del sistema de la representación política de Colombia está determinado por la convivencia y contradicción entre principios de representación liberal y principios de representación democrática. Las organizaciones políticas son las protagonistas y el vehículo de la democracia representativa en un marco normativo que establece un estatus del congresista no sujeto a ningún mandato.

La transición entre los dos modelos de representación política, la liberal y la democrática, determina el momento actual del sistema de la representación política de Colombia. La cuestión central consiste en dilucidar cuál es el modelo de representación vigente en el ordenamiento jurídico colombiano: el liberal (prerrogativas parlamentarias, funciones y derechos para el congresista individual, prohibición de mandato imperativo y soberanía popular) o el modelo de partidos (disciplina de partidos, bancadas, prohibición de doble

militancia, limitación de potestades del representante, suspensión del derecho al voto y pérdida de la investidura)¹⁷.

La tensión entre el mandato representativo libre y el establecimiento de un sistema de partidos fuerte trae varios problemas. Desde el punto de vista de la coherencia en el ordenamiento jurídico, existen normas que patrocinan la actuación individual de los representantes y normas que promueven la participación a través de partidos y movimientos políticos, lo que no es un problema de menor entidad por cuanto la interpretación del marco normativo del mandato representativo presenta antinomias.

Así, por ejemplo, en el nivel constitucional, tenemos los siguientes preceptos que reflejan la convivencia de los dos modelos de representación:

«Artículo 3. Soberanía popular: La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

«Artículo 108. Regla de bancadas: Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas. [...] Los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos determinarán los asuntos de con-

tencia C-141 de 2010, dispuso: “bancada será sólo aquel grupo de miembros del Congreso elegidos a partir de una misma lista electoral; en esa medida no puede dársele este calificativo a cualquier agrupación de congresistas que comparten un interés, o incluso, un objetivo común, ya sea que éste se relacione con el desarrollo de las funciones de la Cámara o que se entienda como una actividad aparte, aunque en algún punto conectada con su papel al interior de la Corporación”.

17 Sobre las tensiones entre principios liberales y principios democráticos, ver Criado de Diego, M. (2007). Representación, Estado y democracia. Valencia: Tirant lo blanch. En el mismo sentido: Asensi Sabater, J. (2002). El futuro de las funciones del Parlamento. El parlamento del Siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Francesc Pau I Vall (Coord.). pp. 45-66.

ciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del congresista, diputado, concejal o edil por el resto del período para el cual fue elegido.»

«Artículo 133. Mandato de congresistas: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.»

«Artículo 263. Listas únicas: Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en las respectiva elección.»

¿Qué regla debe prevalecer en la interpretación de los preceptos mencionados: la de partidos políticos sometidos a una disciplina parlamentaria o aquella que protege al congresista con un mandato libre? ¿O la interpretación es que la regla de actuación en bancadas del artículo 107 le restó contenido normativo al artículo 133? ¿Cómo debe ser interpretada la relación elector-partido-congresista? ¿Los ciudadanos eligen el programa político y los miembros de la organización para que lo defiendan, sujetos a una férrea disciplina de grupo? ¿Las bancadas representan al pueblo y esta representación se ajusta a la sujeción del cumplimiento del respectivo programa político? ¿La adscripción al programa político y su cumplimiento debe interpretarse como la justicia y el bien común, el interés general al que alude la

Constitución? ¿Es ésta la interpretación que debe dársele al conflicto entre los artículos 107 y 133 constitucionales?

Las tensiones también están presentes en el nivel legal, la Ley 5 de 1992 con las modificaciones hechas por la Ley 974 de 2005, que reglamenta el funcionamiento de las bancadas, está llena de preceptos en los que subyace la tensión entre el mandato libre del representante y las bancadas respectivas¹⁸.

Las anteriores contradicciones explican muchas de las disfuncionalidades en la puesta en marcha del sistema de bancadas y disciplina parlamentaria, así como la tendencia a reformar constantemente la materia y que sea la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional la que establezca cómo deben ser resueltas las contradicciones, en particular entre las facultades del congresista y la organización política respectiva¹⁹. La vulneración del mandato de partidos a través de la no sujeción a la regla de bancadas puede acarrear la pérdida de facultades del congresista, la disminución de sus derechos como el voto, la mengua del mandato con la eliminación del derecho al voto y la expulsión de la bancada, quedando en el limbo el estatus de congresista, sin tener claridad de cómo puede actuar quien es expulsado de su bancada. La sanción no sólo puede afectar la pertenencia al partido y a la bancada, sino que tiene efectos más allá de la vida interna de la organización, en cuanto puede afectar la actua-

18 En la sentencia C-036 de 2007, se ha establecido que las facultades individuales de cada congresista para intervenir en los debates, en las votaciones y demás actividades, deben ser interpretadas a favor de la disciplina de grupos, actuación de bancadas. De tal manera que sólo habrá actuación individual cuando se trate de un tema para el que la respectiva bancada haya dado libertad de actuación o se haya establecido entre los denominados “asuntos de conciencia”.

19 Corte Constitucional, sentencias: C-036 de 2007, C-342 de 2006, C-859 de 2006 y C- 141 de 2010.



ción de un congresista en la comisión y plenaria de la Cámara²⁰.

Al respecto en la sentencia C-141 de 2010, la Corte no consideró que la violación a la regla de bancadas, por sí sola, fuese un vicio en el procedimiento legislativo, pero sí dejó la puerta abierta a poder ser considerado un vicio formal en el evento que la vulneración de la regla de bancadas afecte la voluntad de la Cámara o la Comisión.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la Corte se plantea la potencial declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes cuando en el procedimiento legislativo, cualquier actuación en contravía de lo acordado por la bancada puede llegar afectar la voluntad de la comisión o plenaria, es decir, sea decisiva en la aprobación o no de un texto. A lo que debemos añadir la invalidez de cualquier actuación del Congreso en violación de la disciplina parlamentaria, es decir, donde no se respete las decisiones adoptadas por las bancadas.²¹ Habría que ver cómo es la puesta en marcha de una figura extraña a unas Cámaras legislativas, ajena a sus usos, que va en contra de la forma de actuar de cada uno de los congresistas, si tiene o no éxito. La introducción de la

disciplina parlamentaria y el sistema electoral de listas debe traer consigo un cambio en la cotidianidad de las Cámaras que por ahora no se ha visto reflejado.

LA ÚLTIMA FASE DEL FORTALECIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS: EL ACTO LEGISLATIVO NO. 1 DE 2009 Y LA LEY 1475 DE 2011

Esta última fase de reforma a las organizaciones políticas se inserta en un momento histórico caracterizado por la infiltración de grupos armados al margen de la ley en la composición del Congreso de la República para el período 2002-2006. Este escenario marcó los objetivos de la reforma constitucional para blindar a los órganos de representación popular y sancionar a organizaciones y candidatos. Las medidas guardan una estrecha conexión con los fines perseguidos por el constituyente en el año 2003: fortalecer las organizaciones políticas y la disciplina parlamentaria, así como acentúa la tensión entre el mandato libre y el mandato de partidos. La reforma es muy reciente, ha sido aplicada parcialmente en las elecciones al Congreso 2010-2014, por lo que carecemos de datos que nos sirvan para analizar sus efectos, lo que nos obliga a limitarnos a analizar el marco normativo.

Las modificaciones principales fueron: a) limitar la libertad constitucional para constituir organizaciones políticas hasta entonces sólo limitadas por la exigencia de organización democrática interna; b) Aumento del umbral para tener derecho a la asignación de curules —3% de los votos para Senado y 50% del cociente electoral para Cámara— y para reconocimiento de la personería jurídica —3% de los votos emitidos en el territorio nacional para Cámara o Senado—; c) causales para imponer sanciones a las organizaciones políticas, que pueden consistir en mul-

20 Las contradicciones en estas normas producen lagunas en el ordenamiento jurídico y problemas en el funcionamiento interno del Congreso. En relación con las lagunas jurídicas, ¿en qué situación queda el congresista expulsado de su bancada?, ¿cómo queda reducida su actuación en el Congreso?, ¿se altera su participación como miembro de la Comisión Constitucional Permanente?, ¿cuáles son las facultades que puede tener y bajo qué reglas operaría en Comisión y plenaria? No existe un remedio reglamentario como la figura del grupo mixto, que existe en otros ordenamientos para superar estas situaciones de expulsión.

21 Este es el caso de la Nulidad del acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral decretada por el Consejo de Estado, por haber violado la disciplina de grupo, las decisiones de la Bancada en la sesión del 30 de agosto de 2010. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso administrativo, Sección V. Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. 6 de octubre de 2011.

tas, suspensión o cancelación de la personería, eliminar la financiación estatal, suspender el acceso a los medios de comunicación e impedir la presentación de candidatos en la misma circunscripción —cargos uninominales— o suplir la vacante —corporaciones de elección popular—; d) facultades al Consejo Nacional Electoral para revocar las candidaturas de un candidato que tenga alguna causal de inhabilidad; e) refuerza la disciplina parlamentaria y el régimen de bancadas con la imposición de la regla general de votación nominal y pública²² y la prohibición de doble militancia, cuya vulneración puede acarrear la pérdida de la curul y de la investidura.

Los efectos de la reforma en las organizaciones políticas

Se cambia la relación entre el Estado y las organizaciones políticas: no es una relación de libertad sino una relación reglada y sujeta a control, inspección y vigilancia del Consejo Nacional Electoral. Las organizaciones políticas están obligadas a ajustar sus actuaciones a los principios constitucionales de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y tendrán el deber de divulgar sus programas políticos. La reforma establece obligaciones para los directivos que deben promover la organización democrática y el respeto de la disciplina parlamentaria, lo que se refuerza con la obligatoriedad de las consultas internas y populares que realicen, la obligación de respaldar a los candidatos elegidos en las consultas. Así mismo, establece medidas que promueven un comportamiento disciplinado de las directivas, efectos prácticos y hacia el exterior

22 La configuración legal de la votación nominal y pública la encontramos en la Ley 1431 de 2011. El fin de esta ley es permitir conocer el sentido del voto de cada uno de los congresistas y reducir las posibles vulneraciones a la ley de bancadas, que era más factible a través de la votación ordinaria (el famoso golpe con la mano sobre el pupitre).

de las consultas internas hechas por una organización o por coalición de estos, la obligatoriedad de los resultados; la inhabilidad a quienes hayan participado como precandidatos y no hayan resultado elegidos, para ser presentados en cualquier circunscripción dentro del mismo proceso electoral por una organización distinta, ni apoyar a candidatos diferentes al ganador en la consulta. El Consejo está facultado para controlar la actividad electoral de los directivos, representantes legales y candidatos y velará porque se ajuste a los principios mencionados (artículo 265).

De igual manera, está facultado para multar, suspender, limitar o suspender la financiación estatal, prohibir la postulación de candidatos, prohibir la suplencia y revocar la personería jurídica a las organizaciones políticas por tres causales (artículo 265): a) cualquier violación a las normas que rigen la organización, su funcionamiento y financiación —artículo 107—; b) avalar candidatos que hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior, por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, o por delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad con independencia de que hayan sido elegidos o no —artículo 107—; y c) si la organización política no convoca a sus miembros, en un lapso de dos años, a convenciones o asambleas generales —artículo 108²³. Las facultades del Consejo Nacional

23 La ley 1475 de 2011 (14 de julio) tiene seis meses de vigencia y ya ha sido presentado un proyecto de ley que pretende hacer cambios en lo relacionado con las sanciones a los directivos de las organizaciones políticas por avalar candidatos que “hayan sido o lleguen a condenarse”; establece una graduación de las sanciones que puede imponer el Consejo Nacional Electoral, entre otras. Aunque parece que su aprobación no será posible. La rapidez de la presentación de una reforma a la reciente ley de partidos y movimientos políticos demuestra que en Colombia los cambios no responden a una política clara de fortalecimiento de organizaciones, que las normas que se aprueban se hacen sin que haya ánimo de cumplirlas, ni expectativas



Electoral en las causales b y c parecen no arrojar ningún problema de interpretación. Sin embargo, la causal a es muy indeterminada y deja la vigencia de las organizaciones políticas en manos de la organización electoral. El artículo 107 hace una mención de los principios constitucionales que deben regir la vida interna de organizaciones sin delimitarlos, dejando esta tarea al legislador. La reciente Ley Estatutaria 1475 de 2011 ha ajustado la legislación a la nueva reforma. Sin embargo, la delimitación de los principios ha sido poco clarificadora y no sirve para orientar el control, la inspección y la vigilancia que debe realizar el Consejo Nacional Electoral.

Esta vaga delimitación de los principios rectores puede conducir a escenarios de abusos de autoridad del Consejo Nacional Electoral en cuanto deja a la libre consideración de las autoridades cuándo la organización política se ajusta a los principios rectores mencionados. La Constitución facultó al Consejo Nacional Electoral para cancelar la personería jurídica (artículos 107 y 265), pero la Ley le amplía las facultades para la disolución y liquidación de partidos políticos. Y esto puede traer conflictos de importante nivel. El Consejo Nacional Electoral es un órgano que elige el Congreso y su composición reflejará las mayorías y minorías presentes en las Cámaras. A esto se le debe adicionar la vaga configuración legal de la función del Consejo Nacional Electoral para suspender y revocar la personería jurídica establecida en la Constitución. Así como la deficiente regulación de la facultad para disolver

y liquidar la organización política del artículo 14 de la ley 1475 de 2011.

Esta facultad del Consejo Nacional Electoral para eliminar de la vida jurídica a una asociación cuya función es ejercer el derecho a la participación política merece una especial atención. Es claro que la cooptación de organizaciones políticas por grupos al margen de la ley evidencia la necesidad de una norma de estas características, que prohíba el ejercicio de los derechos políticos en pro de la probidad de las instituciones democráticas. Sin embargo, la disolución de una organización política por el incumplimiento de la organización y el funcionamiento con base en los principios rectores, deja un amplio margen de actuación al Consejo Nacional Electoral que podría lesionar la libertad de asociación, de expresión y de pensamiento, que afecta la vigencia del pluralismo político en Colombia.

Así, por ejemplo, en la organización interna y estructura de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos: ¿se puede controlar la ideología de las organizaciones?, ¿se puede limitar el pluralismo político? La ley sólo nos da una acepción del pluralismo sesgada, dándole relevancia a la inclusión de todos los sujetos en la organización de minorías indígenas, afrocolombianas, jóvenes, pero nada dice en relación con el contenido del programa ideológico, ni prohíbe expresamente hacer un estudio del contenido programático.

¿Cuáles son los límites de la actuación del Consejo Nacional Electoral para disolver una organización política? Esto acarrea varios escenarios que no están resueltos en el marco normativo, ¿cómo queda el estatus de los congresistas cuya organización ha sido disuelta administrativamente?, ¿qué efectos tiene la disolución de la organización en el ejercicio del mandato del congresista?, ¿qué pasa con los representantes elegidos por un par-

de cumplimiento. Prueba de ello es que no ha sido el Congreso el que le ha dado la verdadera relevancia a la regla de disciplina parlamentaria (bancadas) y las eventuales consecuencias negativas sino que ha sido la rama judicial (Corte Constitucional y Consejo de Estado) la que a través de sus fallos la que le han dado el real alcance a la obligación de que los congresistas actúen respetando la regla de bancadas, es decir, con disciplina de grupo en las Cámaras, como hemos tenido oportunidad de resaltarlo en este escrito. Ver Nota al pie No. 20 y 22. Al respecto puede consultarse: La 'contrarreforma' que nadie quiere. En: Revista Semana. 26 de noviembre de 2011.

tido político disuelto, o con su personería jurídica suspendida o cancelada?

La disolución administrativa de las organizaciones políticas, por ser limitación de un derecho fundamental a la participación política, amerita una configuración legislativa que delimite las causales, los efectos y las pautas de actuación en relación con los principios rectores que deben guiar la organización y su funcionamiento para no lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad de ideología y de pensamiento, y limitar el pluralismo social que deben reflejar las organizaciones políticas.

Esta reforma refuerza la tensión entre los principios constitucionales que gobiernan la representación política, en la medida que establece más controles al ejercicio del mandato representativo, pérdida de curul y refuerza la idea de la vigencia del mandato de partidos. No podemos desconocer avances en el reconocimiento pleno de la ciudadanía de las mujeres. Un aspecto que siempre ha estado pendiente y había estado ausente de las grandes reformas constitucionales es la igualdad de género en la participación; la representación política equilibrada entre hombres y mujeres, o dicho de otra manera, la inclusión de la mujer en los asuntos públicos en Colombia. Debemos superar la etapa de la igualdad formal de hombres y mujeres ante la ley, la no discriminación y dirigirnos hacia la igualdad material, estableciendo medidas de igualdad de oportunidades para las mujeres. La reforma constituye un primer paso. Sin embargo hace falta un debate sobre la igualdad de género y la importancia del “género” para poder implementar cualquier medida.²⁴

24 El artículo 1 de la ley 1475 de 2011 Principios de Organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos habla en el punto 1.4 “Equidad e igualdad de Género: en virtud del principio de equidad e igualdad de género, los hombres, las mujeres y las demás opciones sexuales gozarán de

Entre las medidas se establece la licencia de maternidad como causal justificada de falta temporal dentro de las corporaciones de elección popular; y por otro lado establece como principio rector, en la actuación de las organizaciones políticas, la equidad de género, lo que obligará la inclusión de mujeres en sus cuadros directivos.

Sin embargo, las reformas futuras deben promover la igualdad paritaria que es una exigencia de una sociedad democrática. Se deberán establecer medidas para la forma de confección de las listas, garantizar la participación de las mujeres por tramos en el orden interno de las listas, listas cremalleras o cualquier medida que haga efectiva la participación política de las mujeres. Al respecto, la Ley 1475 de 2011, al regular la confección de las listas, estableció: “Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta—exceptuando su resultado— deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros”. Esto parece ajustarse a los parámetros que ha establecido la Or-

igualdad real de derechos y oportunidades para participar en las actividades políticas, dirigir las organizaciones partidistas, acceder a los debates electorales y obtener representación política.” Para las elecciones al Congreso: De las listas que presentaron los partidos políticos para las elecciones de 2010, sólo se inscribieron 234 mujeres de las cuales salieron elegidas 17 (7,2%). En el caso de los hombres, se inscribieron 967 y 83 fueron elegidos (8.5%). Para las elecciones a las Gobernaciones y Alcaldías, fueron elegidas 2 gobernadoras para un total de 32 gobernaciones y 4 alcaldesas para las alcaldías de las capitales de Departamento. Ver: Más Mujeres en el Congreso, ¿menos género? En: Revista Semana. Edición 7 de abril de 2010; y Las Mujeres en las elecciones. Diana Guzmán. Revista Semana. Edición 16 de noviembre de 2011. Abandonar el género para implantar medidas que perigan la igualdad de oportunidades puede significar un retroceso en un país que aún tiene una amplia desigualdad entre hombres y mujeres, en donde hay muchos grupos de la población como los indígenas y afrocolombiano, cuya participación es precaria. Este es un debate que está pendiente en la representación política en Colombia, la inclusión de todos los sujetos políticos. Al respecto Puede Consultarse: Rey Martínez, F (2009). Discriminación por razón de Género y Sistema Electoral en Europa y en España. México: Tribunal del Poder Judicial de la federación; y Esquembre Valdés, M. (2006). Género y ciudadanía, mujeres y Constitución. Feminismo/s No. 8, pp. 35-51.



ganización de Naciones Unidas como la cantidad mínima de miembros de un género (porcentaje de participación o masa crítica) para que incida en la toma de decisiones²⁵.

Otros avances son la extensión de la regla de la doble militancia para directivos de las organizaciones políticas; la obligatoriedad de las consultas internas y populares; y la pérdida de la curul al congresista que decida presentarse por una organización distinta

CONCLUSIONES

Las organizaciones políticas son los sujetos legitimados para acceder al poder político a través de la postulación de candidaturas y listas en los procesos electorales. Las organizaciones políticas son los partidos políticos, los movimientos políticos, las agrupaciones políticas, las organizaciones sociales y los grupos significativos de ciudadanos. Deben ajustar su organización interna y desarrollo de actividades a los siguientes principios: democrática interna que permita escoger a sus candidatos y toma de decisiones; transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género, y tendrán el deber de divulgar sus programas políticos. Régimen de actuación de las bancadas en las corporaciones de elección popular.


Las organizaciones políticas con vocación de permanencia en el tiempo son los partidos políticos y movimientos políticos. Las otras asociaciones, como las agrupaciones políticas, los movimientos sociales y los grupos significativos de ciudadanos, se forman para participar en un asunto público en concreto y por lo tanto su vocación de duración tiene un carácter temporal.

La regulación constitucional de las organizaciones persigue la materialización del principio del pluralismo político, desde dos puntos de vista: formal y material. Desde el punto de vista formal, la plena libertad para la creación que permitiera la existencia y presencia de un amplio número de organizaciones políticas. Desde el punto de vista material, los ciudadanos tienen amplia libertad para la organización interna y para delimitar la plataforma política de las organizaciones políticas. Estas debían reflejar el pluralismo social, étnico y todas y cada una de las ideologías.

La Constitución contempla la existencia de partidos y/o movimientos políticos con personería jurídica y sin personería jurídica. Estos últimos en clara situación de desventaja al no poder disfrutar de los beneficios de la personería jurídica: El conjunto de prerrogativas y derechos que se desprenden de ella: financiación, acceso medios de comunicación, postulación de candidatos y de listas, etcétera.

Contradicción entre los preceptos constitucionales que establecen un mandato parlamentario: por un lado, el artículo 133 que establece que el representante sólo está sometido a la justicia y el bien común, y por otro lado, el artículo 108 que persigue la disciplina de partidos, la disciplina parlamentaria a través de la obligación de actuar en bancadas. Con el correspondiente poder disciplinario que puede llegar a afectar las estatus del congresista, suspensión del derecho del voto y pérdida de investidura.

25 Al respecto puede consultarse el punto 16 de la Recomendación No. 23 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, que establece: “La cuestión fundamental, que se destaca en la Plataforma de Acción de Beijing, es la disparidad entre la participación de jure y de facto de la mujer en la política y la vida pública en general (es decir, entre el derecho y la realidad de esa participación). Las investigaciones realizadas demuestran que si su participación alcanza entre el 30 y el 35% (que por lo general se califica de “masa crítica”), entonces puede tener verdaderas repercusiones en el estilo político y en el contenido de las decisiones y la renovación de la vida política.” CEDAW, Recomendación General nº 23: Vida Política y Pública.



Antinomias entre el marco del mandato representativo del artículo 133 y el mandato de partidos del artículo 108, que le otorga competencias disciplinarias a los partidos y movimientos políticos, que en sus estatutos podrán limitar el conjunto de derechos y facultades de los congresistas, con la suspensión del derecho al voto o la expulsión de la bancada.

El papel protagónico de las organizaciones políticas se presenta en la constitución de las mesas directivas, en la elección de presidencias del Senado de la República y la Cámara de Representantes y en la conformación de cada una de las comisiones constitucionales permanentes. Una vez constituidas las comisiones, los miembros del mismo partido actúan como células independientes en el procedimiento de elaboración de las leyes y en los debates de control político. Sin embargo el alcance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado a la regla de bancadas, sumada a la votación nominal y pública y a las nuevas sanciones por la violación de la disciplina de partido, puede contribuir a un fortalecimiento de los partidos en las actuaciones de las corporaciones de elección popular, en particular del Congreso de la República.



Fernando Mayorga García

Abogado en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en 1978. Recibió el grado de Doctor en la Universidad de Navarra, en España, con el trabajo titulado “La Audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII”, publicado años más tarde por el Instituto Colombiano de Cultura Hispánica. Miembro de número del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid-Buenos Aires), de la Sociedad de Historia del Derecho de Francia y de la Academia Colombiana de Historia, pertenece además a numerosas academias a nivel nacional, como también a la Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos, a la Asociación Colombiana de Historiadores y al Colegio de Abogados de Minas y Petróleos.



Organización Electoral en la Constitución de 1991

Antecedentes de la regulación y posterior reforma¹

Por: Fernando Mayorga García

"En las democracias, la ley de elecciones es y debe ser la ley de las leyes: sistema de política, intereses materiales y morales, educación, desarrollo, porvenir, todo depende del sufragio que es el germen generador de los Poderes"².

Bien se ha dicho³ que en un sistema político democrático se considera legítimo el poder que detentan sus gobernantes cuando el mismo se origina y proviene del consentimiento mayoritario del pueblo. Esto significa que el conjunto de ciudadanos, es decir, los nacionales de un Estado como titulares de los derechos políticos, constituye la fuente de todo poder democrático.

Pero si bien el pueblo es fuente de poder, no ejerce el poder directamente sino a través de mandatarios, con lo cual si es fuente primigenia, es también destinatario del poder. Los gobernantes, como detentadores formales del poder, son el conjunto de individuos que ocupan los cargos públicos electivos y tienen como función dirigir políticamente al Estado.

En cuanto el pueblo no ejerce directamente el poder no puede hablarse de democracia directa. Las democracias modernas se configuran como democracias representativas, en las cuales los detentadores del poder son designados mediante el método electivo. En la elección, que se celebra periódicamente, participan por lo regular la mayoría de los ciudadanos, que deben cumplir la doble condición de ser titulares de la facultad de elegir y de estar inscritos en un registro de electores. A este conjunto de electores se le denomina cuerpo electoral.

Es precisamente el cuerpo electoral el que selecciona, mediante una operación material denominada votación, y entre un conjunto de candidatos previamente inscritos conforme a las normas predeterminadas, aquellos que ejercerán los distintos cargos electivos por un período definido. Los que resulten elegidos, según las formulas electorales adoptadas, actuarán en nombre y por

1 Un tratamiento más extenso del tema que aquí se aborda, en: (2007) De la Corte Electoral al Consejo Nacional Electoral. La Organización Electoral moderna en Colombia (1948-2006). En Araujo Oñate, R. (ed.), Balance del derecho electoral colombiano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colección Textos de Jurisprudencia, pp. 189-281.

2 Informe de Lino Ruiz, Secretario de Gobierno del Estado Soberano de Cundinamarca, a la Asamblea Legislativa, 1º de diciembre de 1863. El Cundinamarqués. Periódico Oficial y órgano de los intereses del Estado, año II, no. 115, Zipaquirá, 16 de diciembre de 1862, p. 479.

3 Para lo que sigue, se han seguido literalmente párrafos completos de Julio Brea Franco (1989). Administración electoral. En Diccionario Electoral. San José de Costa Rica: Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), pp. 6-30.

cuenta del pueblo, teniendo la responsabilidad de ejecutar el programa de gobierno que prometieron al electorado llevar a cabo si resultaban seleccionados.

A fin de garantizar tanto el principio de igualdad como la transparencia y la objetividad en la decisión expresada por los votos durante el proceso electoral, existe una organización electoral, un aparato burocrático necesariamente estatal, dotado de un grado determinado de independencia y autonomía, que debe proyectar ante la sociedad una imagen de confianza y credibilidad.

El aspecto sustancial radica en si éstos organismos deben estar colocados al margen de la política partidaria o si en ellos debe buscarse la participación directa de los grupos o partidos políticos de manera que se neutralicen mutuamente lográndose así la objetividad de sus actuaciones. En ello incide, y no poco, tanto la naturaleza de quien escoge o selecciona sus integrantes como las condiciones que deben tener los elegidos (juristas, políticos, personas de otras disciplinas, experiencia anterior, etcétera) y el tiempo de duración de su tarea.

En este escrito se visualizará la manera como el legislador colombiano ha afrontado el reto de crear una Organización Electoral, cuyos diferentes momentos presentan una clara relación con las situaciones políticas vividas por el país en las casi seis décadas que aborda el escrito⁴, que se

4 Para lo anterior, ver: Mayorga García, F. (2010). La construcción de la organización electoral en la nueva República unitaria de Colombia (1886-1898). En Vidal Perdomo, J. (compilador), *Historia Constitucional de Colombia. Análisis temático*, t. III. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Clásicos, pp. 157-277. También ver: Mayorga García, F. (2007). *La construcción de la Organización Electoral en una época de cambios de la vida colombiana. El Gran Consejo Electoral entre 1930 y 1948. En El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Colección Textos de Jurisprudencia, pp. 625-735.

inicia temporalmente en 1946, cuando el liberalismo pierde el poder por una división interna frente a un partido conservador minoritario. No hemos querido limitarnos a la descripción de lo aprobado por el constituyente de 1991, pues entendemos que éste, teniendo a la vista lo que existía en la legislación existente al tiempo de convocarse la Asamblea y lo que a la misma propusieron los diferentes proyectos, escogió la fórmula que le pareció más aconsejable, la cual es, por tanto, solamente un hito más en el largo camino de la regulación de la materia, al que debe sumarse la regulación contenida en el Acto Legislativo no. 1 de 2003, que en dos de sus artículos se ocupó de la materia que aquí se trata.

UN ACUERDO PARA SUPERAR LA CRISIS: LA CREACIÓN DE LA CORTE ELECTORAL

El suceso más importante del siglo XX colombiano tuvo lugar el año siguiente, 1948, concretamente el 9 de abril, cuando fue asesinado en el centro de Bogotá Jorge Eliécer Gaitán. Este hecho, que sin duda partió en dos la historia colombiana por las consecuencias de todo tipo que desencadenó en la vida nacional⁵, hizo que se precipitara la reforma electoral que el país venía pidiendo de tiempo atrás y que se consagró en la ley 89 de 1948, en la cual se definió la cúpula de la Organización Electoral de la siguiente manera:

«Artículo 3º La Corte Electoral estará integrada por el más antiguo ex Presidente de la República, en capacidad de ejercer las funciones señaladas a los miembros de este organismo; por los dos Magistrados más antiguos de la Corte Suprema de Justicia, de diferente filiación política; por el Rector de la Universidad

5 Ver Jaramillo Uribe, J. (1999). Asesinato de Jorge Eliécer Gaitán. Abril 9 de 1948. *Credencial Historia*, no 117, p. 7.



Nacional y por el Gerente del Banco de la República.

«Artículo 4° Son funciones de la Corte Electoral:

«1° Elegir, por unanimidad de sus miembros, al Registrador Nacional del Estado Civil, de conformidad con las normas de la presente ley.

«2° Efectuar los escrutinios en las elecciones para Presidente de la República, para Senadores y Asambleas Departamentales, y hacer la correspondiente declaratoria de elección, de acuerdo con las normas de la presente ley.

«3° Mientras no se cumpla lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley, impartir o negar, por la unanimidad de sus miembros, su aprobación a las normas generales que exponga la Oficina Nacional de Identificación sobre la expedición de cédulas de identificación, cancelación o revalidación de las mismas, altas y bajas de ciudadanos en el registro electoral permanente, sistemas de conservación de dicho registro y sistemas de identificación.

«4° Nombrar los escrutadores y demás empleados que estime necesarios para el correcto ejercicio de las funciones que le están encomendadas.

«5° Aprobar por la unanimidad de sus miembros el nombramiento de Visitadores que debe hacer el Registrador Nacional conforme la presente ley.

«6° Destinar a los diferentes departamentos del país, para cada período, por resolución unánime de sus miembros, los Delegados Departamentales que haya nombrado el Registrador Nacional, señalándoles las zonas en que deben actuar, a razón de uno de cada partido para cada departamento. Cada departa-

mento se dividirá por la Corte Electoral en dos zonas por medio de resolución unánime de la misma.

«7° Ordenar las investigaciones y visitas que tenga a bien para vigilar el correcto funcionamiento de los organismos electorales, nombrando, por la unanimidad de sus miembros, los funcionarios que habrán de practicarlas.

«8° Señalar el número de funcionarios que cada Delegado Departamental deba tener para el desempeño de sus funciones»⁶.

LA CORTE ELECTORAL DURANTE EL FRENTE NACIONAL

No es del caso señalar aquí el camino que transitó Colombia para llegar a lo que se ha conocido como el Frente Nacional; baste decir que fruto de los acuerdos políticos fue la presentación al país de un texto que fue votado en el plebiscito realizado el primero de diciembre de ese año, en el que se aprobó que los dos partidos tradicionales tuvieran el mismo número de miembros en los cuerpos colegiados de elección popular.

Por esta razón, la Junta Militar de Gobierno expidió el 20 de diciembre siguiente un decreto de dos artículos del siguiente tenor:

«Artículo 1°. La Corte Electoral estará integrada por los dos ex Presidentes de la República más antiguos, de distinta filiación política y en capacidad de ejercer las funciones señaladas a los miembros de este organismo, y por cuatro (4) Delegados que no desempeñen empleos

6 La historia de la Ley (más anexos, obra a la cual remitimos al lector) en Mayorga García, F. (1995). Orígenes de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Los Registradores Nacionales del estado Civil. Bogotá: Sección de Publicaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, 235 pp..

públicos, dos (2) conservadores y dos (2) liberales, que serán designados por la Corte Suprema de Justicia en pleno para períodos de dos años, pudiendo ser reelegidos.

«Parágrafo. Los Delegados nombrados por la Corte devengarán cien pesos (\$100.00) por cada sesión a que asistan.

«Artículo 2º. Este decreto regirá desde el diez (10) de enero de 1958 y suspende el artículo 3º de la Ley 89 de 1948 y demás disposiciones que le sean contrarias»⁷.

Conforme a la anterior regulación, la Corte Electoral tendría un carácter paritario, pues en ella tendrían asiento tres magistrados liberales y tres conservadores.

LA SUPERACIÓN DEL FRENTE NACIONAL EN MATERIA ELECTORAL

Comenzando en marzo de 1979, el Gobierno, a través de los Ministros: de Gobierno Germán Zea Hernández, de Justicia Hugo Escobar Sierra, de Agricultura Germán Bula Hoyos y de Educación

7 Ver Decreto no. 399 del 20 de diciembre de 1957, suscrito por el Mayor General Gabriel París G., Presidente de la Junta Militar de Gobierno; por el Mayor General Deogracias Fonseca, el Contra-Almirante Rubén Piedrahita A., el Brigadier General Rafael Navas Pardo y el Brigadier General Luis Ordóñez, integrantes de la Junta, con la firma de José María Villarreal, Ministro de Gobierno encargado del Ministerio de Educación Nacional; Carlos Sanz de Santamaría, Ministro de Relaciones Exteriores encargado del Ministerio de Fomento; Mayor General Alfredo Duarte Blum, Ministro de Justicia; Jesús María Marulanda, Ministro de Hacienda y Crédito Público; Brigadier General Alfonso Saíz Montoya, Ministro de Guerra; Jorge Mejía Salazar, Ministro de Agricultura; Raimundo Emiliani Román, Ministro del Trabajo; Juan Pablo Llinás, Ministro de Salud Pública; Julio César Turbay Ayala, Ministro de Minas y Petróleos; Mayor General Pedro A. Muñoz, Ministro de Comunicaciones y Roberto Salazar Gómez, Ministro de Obras Públicas, en Diario Oficial, no. 29592, Bogotá, martes 11 de febrero de 1958, pp. 236 y 237.

Rodrigo Lloreda Caicedo, presentó ante la Cámara de Representantes un proyecto de ley por la cual se dictaban normas en materia electoral, de 211 artículos. Tras el trámite de rigor, el proyecto se convirtió en la Ley 28 de 1979, que en la parte que aquí nos ocupa, señala en el título II, capítulo segundo:

«Capítulo II
«De la Corte Electoral.

«Artículo 12. La Corte Electoral tendrá a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral.

«Artículo 13. La Corte Electoral estará integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos así: cuatro (4) por cada uno de los dos (2) partidos que hubieren obtenido el mayor número de votos en la última elección de Congreso y uno (1) por el partido distinto de los anteriores que les siga en votación.

«Parágrafo. Al acreditar las calidades para la confirmación del nombramiento los Magistrados presentarán atestación juramentada de pertenecer al partido político a cuyo nombre fueron elegidos.

«Artículo 14. Los Magistrados de la Corte Electoral serán elegidos por la Corte Suprema de Justicia en pleno o por el organismo que haga sus veces, para un período de cuatro (4) años, que comenzará el 1º de enero de 1980, y tomarán posesión de su cargo ante el Presidente de esta última corporación.

«Artículo 22. La Corte Electoral ejercerá las siguientes funciones:

«1ª. Elegir al Registrador Nacional del Estado Civil y a quien haya de reemplazarlo en sus faltas absolutas o temporales;



«2ª. Remover al Registrador Nacional del Estado Civil por parcialidad política o por cualesquiera de las causales establecidas en la ley;

«3ª. Designar sus delegados para que realicen los escrutinios generales en cada Circunscripción Electoral;

«4ª. Aprobar el presupuesto que le presente el Registrador Nacional del Estado Civil;

«5ª. Aprobar los nombramientos de Secretario General, Visitadores Nacionales, Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y Registradores Distritales de Bogotá;

«6ª. Aprobar las resoluciones que dicte el Registrador Nacional del Estado Civil sobre creación, fusión y supresión de cargos, lo mismo que respecto de la fijación de sueldos y viáticos;

«7ª. Realizar el escrutinio para presidente de la República y expedir la respectiva credencial;

«8ª. Conocer de los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados para los escrutinios generales, y

«9ª. Reunirse por derecho propio cuando lo estime conveniente»⁸.

Como se observa, con la nueva regulación se hizo posible que las terceras fuerzas políticas, de tan difícil consolidación en Colombia, llegaran a la Organización Electoral. Hoy se plantea que ante la conformación de coaliciones de gobierno como las que se han visto en los últimos años, se hace necesario encontrar fórmulas, imposibles con las actuales normas constitucionales, que permitan la llegada al Consejo Nacional Electoral de los partidos de la oposición, siempre que se quiera conservar la fórmula actual que permite al Congreso elegir los integrantes del máximo órgano de la Organización Electoral. Y este es uno de los temas pendientes.

LA CREACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

A finales de este año (1984), el Ministro de Gobierno de la administración Betancur radicó en la secretaría de la Cámara de Representantes el proyecto al que se le asignó el número 35, "Por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981 y se dictan otras disposiciones", proyecto de 62 artículos, que tras el trámite de rigor se convirtió en la Ley 96 del 21 de noviembre de 1985 "Por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones", que en la parte que aquí interesa dice:

«Artículo 2º. El artículo 12 de la Ley 28 de 1979 quedará así:

«El Consejo Nacional Electoral tendrá a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral y en el ejercicio de estas atribuciones cumplirá las funciones que le asignen las leyes y expedirá las medidas necesarias para el

8 Ley 28 del 6 de mayo de 1979 "por la cual se adopta el Código Electoral". Eran: Presidente del Senado Jaime Pava Navarro; Presidente de la Cámara de Representantes, Jorge Mario Eastman; Secretario del Senado, Amaury Guerrero, y Secretario de la Cámara de Representantes, Jaime Morera Lizcano. Fue sancionada por el Presidente Julio Cesar Turbay Ayala con la firma del Ministro de Gobierno, Germán Zea, y del Ministro de Justicia, Hugo Escobar Sierra. Verla en Diario Oficial, no. 35283, Bogotá, jueves 7 de junio de 1979, pp. 793-802; en Anales del Congreso, no. 42, Bogotá, viernes 15 de junio de 1979, pp. 581-590; en Eastman, J. M. (presentador y compilador), Código Electoral, Bogotá, Cámara de Representantes, Colección "Pensadores políticos colombianos", s.d., pp. 87-149; y en Eastman J. M. (presentador y compilador),

Legislación electoral 1981, Bogotá, Ministerio de Gobierno, Colección "Legislación, doctrina y jurisprudencia", 1982 (enero), pp. 65-105.

debido cumplimiento de estas y de los decretos que las reglamenten.

«Artículo 3º. El artículo 13 de la Ley 28 de 1979 quedará así:

«El Consejo Nacional Electoral estará integrado por siete (7) miembros elegidos así: tres (3) por cada uno de los partidos que hubieren obtenido mayor número de votos en la última elección de Congreso y uno (1) por el partido distinto de los anteriores que les siga en votación.

«Al acreditar las calidades para la confirmación del nombramiento, los consejeros presentarán atestación juramentada de pertenecer al partido político a cuyo nombre fueron elegidos.

«Artículo 4º. El artículo 14 de la Ley 28 de 1979 quedará así:

«Los miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Consejo de Estado en pleno para un período de cuatro años que comenzará el primero de septiembre inmediatamente siguiente a la iniciación de cada uno de los respectivos períodos constitucionales del Congreso y no podrán ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente. Los miembros del Consejo Nacional Electoral tomarán posesión de su cargo ante el Presidente del Consejo de Estado.

«Parágrafo transitorio. Al entrar en vigencia la presente Ley, el Consejo de Estado procederá a elegir miembros del Consejo Nacional Electoral que durarán en ejercicio de sus funciones hasta el 31 de agosto de 1986.

«Artículo 9º. El artículo 22 de la Ley 28 de 1979 quedará así:

«El Consejo Nacional Electoral ejercerá las siguientes funciones:

«1ª) Elegir al Registrador Nacional del Estado Civil y a quien haya de reemplazarlo en sus faltas absolutas o temporales.

«2ª) Remover al Registrador Nacional del Estado Civil por parcialidad política o por cualesquiera de las causales establecidas en la ley.

«3ª) Designar sus delegados para que realicen los escrutinios generales en cada Circunscripción Electoral.

«4ª) Aprobar el Presupuesto que le presente el Registrador Nacional del Estado Civil, así como sus adiciones, traslaciones, créditos o contracréditos.

«5ª) Aprobar los nombramientos de Secretario General, Visitadores Nacionales, Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y Registradores Distritales de Bogotá.

«6ª) Aprobar las resoluciones que dicte el Registrador Nacional del Estado Civil sobre creación, fusión y supresión de cargos, lo mismo que respecto de la fijación de sus sueldos y viáticos.

«7ª) Realizar el escrutinio para Presidente de la República y expedir la respectiva credencial.

«8ª) Conocer y decidir de los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados para los escrutinios generales, resolver sus desacuerdos y llenar sus vacíos u omisiones en la decisión de las peticiones que se les hubieren presentado legalmente.

«9ª) Reunirse por derecho propio cuando lo estime conveniente.

«10) Expedir su propio reglamento de trabajo.

«11) Nombrar y remover sus propios empleados.

«12) Las demás que le atribuyan las leyes de la República.



«Los actos que dicte el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la atribución 8ª) de este artículo se denominarán “Acuerdos”, irán numerados y fechados, serán debidamente motivados y después de votada legalmente la decisión no podrá modificarse o revocarse.

«El Consejo Nacional Electoral antes de resolver en ejercicio de su atribución 8ª) de este artículo podrá solicitar de urgencia al funcionario correspondiente la prueba documental pública que eche de menos para que sus decisiones sean justas y acertadas como las sentencias judiciales.

«El Consejo antes de resolver oír a las partes en audiencia pública para la sustentación de sus recursos y éstas podrán dejar un resumen escrito de sus intervenciones. Oídas las partes, el Consejo convocará a audiencia pública para notificar en estrados su Acuerdo una vez que haya sido discutido y aprobado en audiencias privadas por sus miembros.»

Como se observa, los integrantes del nuevo organismo, denominado Consejo Nacional Electoral, serían elegidos por el Consejo de Estado, así: tres (3) por cada uno de los partidos que hubieren obtenido mayor número de votos en la última elección de Congreso y uno (1) por el partido distinto de los anteriores que les siga en votación, sin sujeción a condicionamiento alguno.

Seis meses después, el Presidente de la República, “en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 96 de 1985, previo dictamen del Consejo de Estado”, recogió las normas vigentes en lo que se conoce con el nombre de Código Electoral. El Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 organizó sus 218 artículos en 12 títulos, de los que para el objeto de este trabajo interesan los capítulos I y II del Título II, dedicado a la “Organización Electoral”. El Capítulo I, dedicado a las “Autoridades que la integran” tiene únicamente dos artículos del siguiente tenor:

«Artículo 9º. La organización electoral estará a cargo:

- «a) Del Consejo Nacional Electoral;
- «b) Del Registrador Nacional del Estado Civil;
- «c) De los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil;
- «d) De los Registradores Distritales, Municipales y Auxiliares, y
- «e) De los Delegados de los Registradores Distritales y Municipales.

«Artículo 10º. Los dos partidos políticos que hayan obtenido mayoría en las últimas elecciones estarán representados paritariamente, en igualdad de circunstancias, en la organización electoral, sin perjuicio del régimen de imparcialidad política y garantías que corresponde a todos los ciudadanos.»

El Capítulo II, del “Consejo Nacional Electoral” cubre del artículo 11 al 25, que señalan lo siguiente:

«Artículo 11. El Consejo Nacional Electoral tendrá a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral y en el ejercicio de estas atribuciones cumplirá las funciones que le asignen las leyes y expedirá las medidas necesarias para el debido cumplimiento de éstas y de los decretos que las reglamenten.

«Artículo 12. El Consejo Nacional Electoral ejercerá las siguientes funciones:

- «1º Elegir al Registrador Nacional del Estado Civil y a quien haya de reemplazarlo en sus faltas absolutas o temporales.
- «2º. Remover al Registrador Nacional del Estado Civil por parcialidad política o por cualesquiera de las causales establecidas en la ley.

«3º Designar sus delegados para que realicen los escrutinios generales en cada Circunscripción Electoral.

«4º. Aprobar el presupuesto que le presente el Registrador Nacional del Estado Civil, así como sus adiciones, traslaciones, créditos o contracréditos.

«5º. Aprobar los nombramientos de Secretario General, Visitadores Nacionales, Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y Registradores Distritales de Bogotá,

«6º. Aprobar las resoluciones que dicte el Registrador Nacional del Estado Civil sobre creación, fusión y supresión de cargos, lo mismo que respecto a la fijación de sus sueldos y viáticos.

«7º. Realizar el escrutinio para Presidente de la República y expedir la respectiva credencial.

«8º. Conocer y decidir de los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus Delegados para los escrutinios generales, resolver sus desacuerdos y llenar sus vacíos u omisiones en la decisión de las peticiones que se les hubieren presentado legalmente.

«9º. Reunirse por derecho propio cuando lo estime conveniente.

«10º. Expedir su propio reglamento de trabajo.

«11º. Nombrar y remover sus propios empleados.

«12º. Las demás que le atribuyan las leyes de la República.

«Parágrafo. El Consejo Nacional Electoral cumplirá las funciones que otras leyes asignaban o asignen a la Corte Electoral.

«Artículo 13. El Consejo Nacional Electoral será

cuerpo consultivo del Gobierno en materia electoral y como tal podrá recomendarle proyectos de acto legislativo, de ley y de decreto.

«Artículo 14. Los actos que dicte el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la atribución 8º del Artículo 12 se denominarán "Acuerdos", irán numerados y fechados, serán debidamente motivados y después de votada legalmente la decisión no podrá modificarse o revocarse.

«El Consejo Nacional Electora, antes de resolver en ejercicio de dicha atribución, podrá solicitar de urgencia al funcionario correspondiente la prueba documental pública que eche de menos par que sus decisiones sean justas y acertadas como las sentencias judiciales.

«El Consejo, antes de resolver, oirá a las partes en audiencia pública para la sustentación de sus recursos y éstas podrán dejar un resumen escrito de sus intervenciones. Oídas las partes, el consejo convocará a audiencia pública para notificar en estrados su Acuerdo, una vez que haya sido discutido y aprobado en audiencias privadas por sus miembros.

«Artículo 15. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por siete (7) miembros, elegidos así: tres (3) por cada uno de los partidos que hubieren obtenido mayor número de votos en la última elección de Congreso, y uno (1) por el partido distinto de los anteriores que les siga en votación.

«Al acreditar las calidades par la confirmación del nombramiento, los Consejeros presentarán atestación juramentada de pertenecer al partido político a cuyo nombre fueron elegidos.

«Artículo 16. Los miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Consejo de Estado en pleno para un período de cuatro años que comenzará el primero de septiembre inmediata-



mente siguiente a la iniciación de cada uno de los respectivos períodos constitucionales del Congreso y no podrán ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente. Los miembros del Consejo Nacional Electoral tomarán posesión de su cargo ante el Presidente del Consejo de Estado.»

LA REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1991

En el texto constitucional aprobado en 1991 se recogieron, como había sido sugerido años atrás por el senador José Ignacio Vives Echeverría, tres artículos permanentes que tienen que ver con la temática de éste escrito, así como varios transitorios. Los permanentes fueron los siguientes:

«Artículo 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá del número de miembros que determine la ley, que no debe ser menor de siete. Serán elegidos por el Consejo de Estado para un período de cuatro años, de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica. El Consejo deberá reflejar la composición política del Congreso. Sus miembros deberán reunir las mismas calidades que exige la Constitución para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y no serán reelegibles.

«Artículo 265. El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

«1. Ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral.

«2. Elegir y remover al Registrador Nacional del Estado Civil.

«3. Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus

delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes.

«4. Servir de cuerpo consultivo del Gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto.

«5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

«6. Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, establezca la ley.

«7. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar.

«8. Reconocer la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.

«9. Reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado.

«10. Colaborar para la realización de consultas internas de los partidos y movimientos para la escogencia de sus candidatos.

«11. Darse su propio reglamento.

«12. Las demás que le confiera la ley.

«Artículo 266. El Registrador Nacional del Estado Civil será elegido por el Consejo Nacional Electoral para un período de cinco años y deberá reunir las

mismas calidades que exige la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

«No podrá ser reelegido y ejercerá las funciones que establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, así como la de celebrar contratos en nombre de la Nación, en los casos que aquella disponga»⁹.

En la regulación constitucional, los integrantes del Consejo Nacional Electoral continuaban siendo elegidos por el Consejo de Estado, pero éste organismo tenía un importante condicionante: debía hacerlo de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, las que reflejarían la composición política del Congreso. Esto le garantizaba a los partidos, de hecho, un control sobre los elegidos, dada su procedencia partidista, aunque el Consejo de Estado operaba como un filtro que suavizaba tal circunstancia.

El constituyente de 1991 dejó de lado otras opciones que fueron sometidas a su consideración, y que parece importante ver ahora, veinte años después de la aprobación de la Carta, ya que alguna de ellas puede, eventualmente, ser mirada con vista a la eventual modificación de la normativa constitucional existente, muy criticada desde algunos sectores, especialmente de los que se sienten excluidos, a su juicio injustamente, de la Organización Electoral.

9 Constitución Política de Colombia, pp. 134-136. El texto que se ha tenido a la mano es el que publicó el Ministerio de Justicia y del Derecho en 1998, “tomado fiel y rigurosamente tanto del texto publicado en la Gaceta Constitucional, no. 127, Bogotá, 10 de octubre de 1991, en la cual se precisa que es una ‘Compilación hecha por la Relatoría como trabajo final, teniendo en cuenta el texto Constitucional publicado en la Gaceta no. 114, el adendo (fe de erratas) publicado en la Gaceta, no. 116 y las Aclaraciones de la Secretaría General de la Asamblea Nacional Constituyente del 6 de septiembre de 1991, Gaceta no. 125’”.

Uno de los proyectos de acto reformativo de la Constitución, lo presentó el Gobierno. Este estaba conformado por quince títulos que en orden numerológico trataban los siguientes temas: título I (De los principios fundamentales), título II (De la carta de derechos y deberes), título III (Del poder legislativo), título IV (Del poder ejecutivo), título V (Del poder judicial), título VI (Del Ministerio Público), título VII (De la Fiscalía General de la Nación), título VIII (De la Fuerza Pública), título IX (De las elecciones, los partidos políticos y la oposición), título X (Del referéndum, la consulta popular y la revocación del mandato), título XI (De la organización territorial), título XII (De la hacienda pública, la planeación y la banca central), título XIII (Del control fiscal), título XIV (De la jurisdicción constitucional) y título XV (De los procedimientos de reforma constitucional). El tema correspondiente a la Rama Electoral estaba ubicado en el título IX¹⁰, en el cual se planteaban los siguientes artículos:

«En representación del pueblo de Colombia e invocando la protección de Dios, con el fin de promover la igualdad, la libertad y la solidaridad y para consolidar la paz, cimentar un orden justo y fortalecer una democracia abierta a la participación de todos los colombianos decretamos la siguiente Constitución Política de Colombia [...]

«Título IX

«Capítulo I

«Artículo 183. El inciso 3º del artículo 108 de la Constitución Política pasará a ser el artículo 182 y quedará así:

«Organización Electoral

«1. El Consejo Nacional Electoral y la Registradu-

10 Ver Proyecto no. 2, en Gaceta Constitucional, no. 5, Bogotá D.C., viernes 15 de febrero de 1991, pp.1-31.



ría Nacional del Estado Civil ejercerán sus funciones de manera autónoma pero colaborarán con los Poderes Públicos a fin de asegurar la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y garantizar que los escrutinios sean reflejo de los resultados de la voluntad de los electores.

«2. El Registrador Nacional del Estado Civil será elegido por el Consejo Nacional Electoral.

«3. La ley establecerá los requisitos que deben cumplir los Consejeros Electorales y el Registrador Nacional del Estado Civil.

«Artículo 184. El artículo 184 de la Constitución Política formará parte del artículo 227 y en su lugar quedará el siguiente:

«Consejo Nacional Electoral

«1- El Consejo Nacional Electoral se compondrá del número de miembros que determine la ley, los cuales serán elegidos por la Corte Constitucional de listas que le suministre el Presidente de la República.

«2- La ley señalará la manera como los partidos y movimientos políticos estarán representados en el Consejo Nacional Electoral.

«Artículo 185. El artículo 180 de la Constitución Política pasará a ser el artículo 185 y quedará así:

«Regulación legal de los asuntos electorales

«La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinio, asegurando la independencia de unas y otras funciones, definirá los delitos que menoscaben el secreto, la verdad y la libertad del sufragio y establecerá la correspondiente sanción penal»¹¹.

Otro proyecto de acto reformativo de la Constitución fue presentado por Antonio Navarro Wolff y otros, en nueve títulos que tratan los siguientes temas: título primero (De la soberanía, el Estado, el territorio y el patrimonio), título segundo (De la nacionalidad y la ciudadanía), título tercero (quedo pendiente), título cuarto (Del régimen económico), título quinto (De la hacienda pública), título sexto (De la organización del Estado), título séptimo (Del régimen administrativo-territorial), título octavo (Control jurisdiccional de constitucionalidad) y título noveno (De la reforma de la Constitución). El tema de la Rama Electoral se encuentra contemplado dentro del título sexto¹² y consagra los siguientes artículos:

«Subtítulo VI Órgano Electoral

«Artículo 151. Función Electoral

«El Órgano Electoral está instituido para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los ciudadanos consignados en esta Constitución y la ley. Tiene a su cargo:

«1. La preparación, realización y control de los procesos electorales o de consulta popular que se lleven a cabo en el territorio nacional.

«2. Para ser elegido miembro del Tribunal Superior Electoral se necesitan los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

«3. La vigilancia y control de la imparcialidad de todos los funcionarios del Estado en lo relativo a los procesos electorales o de consulta popular, promoviendo las acciones penales y solicitando las sanciones a que hubiera lugar.

11 Ibid. pp.1 y 20.

12 Ver Proyecto no. 7, en Gaceta Constitucional, no. 8, Bogotá D.C., martes 19 de febrero de 1991, pp.12-16.

«Artículo 152. Conformación del Órgano Electoral

«El Órgano Electoral estará integrado por el Tribunal Supremo Electoral, La Registraduría Nacional del Estado Civil y las demás dependencias creadas por la ley.

«Artículo 153 Tribunal Supremo Electoral

«1. Estará integrado por 9 magistrados designados por la Corte Suprema de Justicia, para períodos de cuatro años, no reelegibles, de listas presentadas por cada uno de los partidos políticos o movimientos debidamente inscritos, dos por cada uno de los tres minoritarios en orden descendente, de acuerdo con las últimas elecciones para la Asamblea Nacional.

«2. Para ser elegido miembro del Tribunal Superior Electoral se necesitan los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

«Artículo 154 Atribuciones del Tribunal Supremo Electoral

«El Tribunal Supremo Electoral tendrá las siguientes atribuciones:

«1. Designar para períodos de cuatro años al Registrador Nacional del Estado Civil quien deberá reunir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Supremo Electoral.

«2. Inscribir y cancelar la personería jurídica y ejercer las funciones de control respecto de los partidos y movimientos políticos, en la forma y términos que establezca la ley y con las limitaciones que esta Constitución establece.

«3. Fijar las tarifas de publicidad política pagadas en los diferentes medios de comunicación y reglamentar la participación de los partidos, movi-

mientos o candidatos en los medios de propiedad estatal.

«4. Distribuir los aportes que la ley ordena para el funcionamiento de los partidos y movimientos y la reposición de los gastos electorales de los partidos, movimientos o candidatos.

«5. Controlar y vigilar el origen y destinación de los fondos de los partidos, movimientos y candidatos.

«Artículo 155 Participación electoral

«La inscripción como partido o movimiento político ante el Tribunal Supremo Electoral no es requisito previo e indispensable para participar en los comicios electorales.

«Artículo 156 Registrador Nacional del Estado Civil

«Es un funcionario con jurisdicción en todo el territorio nacional, dependiente del Tribunal Supremo Electoral, designado por él, para períodos de cuatro años, no reelegible y encargado de la preparación y ejecución de todos los procesos electorales y de consulta popular. La ley establecerá sus funciones»¹³.

El tercer proyecto de acto reformativo de la Constitución encontrado, fue presentado por María Teresa Garcés Lloreda, titulado Ampliación de la Democracia¹⁴. Este proyecto se divide en veintidós títulos los cuales no tienen un nombre o encabezado que ubique el tema de cada título, pero el tema electoral se encuentra en el título V, para

13 Ver Proyecto no. 7, en Gaceta Constitucional, no. 8, Bogotá D.C., martes 19 de febrero de 1991, pp. 1-12.

14 Ver Proyecto no. 13, en Gaceta Constitucional, no. 10, Bogotá D.C., miércoles 20 de febrero de 1991, pp. 10, 18 y 19.



el cual María Teresa Garcés propuso el siguiente articulado:

«Artículo: La Rama Electoral está compuesta por el Consejo Nacional de Participación Política y Electoral, los Consejos Seccionales de Participación Política y Electoral y la Registraduría Nacional.

«Artículo: Son funciones del Consejo Nacional de Participación Política y Electoral:

«1. Reconocer la personería a los partidos o movimientos políticos.

«2. Ejercer el control sobre la financiación de los partidos o movimientos políticos, el costo de las campañas políticas y el apoyo estatal a los mismos.

«3. Controlar el acceso igualitario de los partidos o movimientos políticos a los medios de comunicación y en particular a los canales de radiodifusión sonora y de televisión en forma permanente y especialmente en la época preelectoral.

«4. Atender las quejas de los adherentes de los partidos políticos sobre incumplimiento de sus estatutos.

«5. Controlar las formas de divulgación y publicidad de los programas y campañas políticas.

«6. Imponer sanciones de conformidad con la ley, a quienes incumplan o violen las normas electorales y organización de los partidos o infrinjan de alguna manera el derecho de representación.

«7. Vigilar la imparcialidad en las informaciones de carácter político, en la radiodifusión sonora y en la televisión.

«8. Elegir al Registrador Nacional y removerlo por

parcialidad política o por las causales que determine la ley.

«9. Vigilar el respeto a los derechos de la oposición de acuerdo con la ley.

«10. Las demás que le señalen las leyes»¹⁵.

Otro proyecto de acto reformativo de la Constitución Política fue presentado por Alfredo Vázquez Carrizosa y Aida Yolanda Abella Esquivel, el cual fue llamado Proyecto Integral de Reforma Constitucional¹⁶, se componía de catorce títulos, que en orden numerológico comprendían los siguientes temas: título primero (Del Estado, la soberanía y el territorio), título segundo (De los habitantes nacionales y extranjeros), título tercero (De los derechos y libertades fundamentales), título cuarto (De la economía, la planeación y la tributación), título quinto (De las ramas del poder público y del servicio público), título sexto (De la rama legislativa), título séptimo (De la rama ejecutiva), título octavo (De la rama jurisdiccional), título noveno (De la rama electoral), título décimo (De los órganos de fiscalización), título once (De la fuerza pública), título doce (De la administración seccional), título trece (De la reforma constitucional) y título catorce (Vigencia, normas transitorias y otras disposiciones). El título que comprendió el tema de la rama electoral fue el noveno con los siguientes artículos:

«Título noveno

«De la Rama Electoral

«Art 122. Autonomía y Composición. El Sistema Electoral es una Rama del Poder Público con autonomía administrativa y presupuestal.

15 Ibid., p. 12.

16 Ver Proyecto no. 113, en Gaceta Constitucional, no. 27, Bogotá D.C., martes 26 de marzo de 1991, pp. 5-20.

«Estará integrada por la Corte Electoral, los Tribunales Electorales departamentales y distritales, el Registrador Nacional del Estado Civil y sus delegados.

«La Corte Electoral podrá nombrar delegados especiales, cuando lo considere necesario. Estos delegados deberán cumplir las calidades que ella determine.

«Capítulo Primero

«De la Corte Electoral

«Art. 123. Composición. La Corte Electoral estará integrada por nueve magistrados elegidos por el sistema de cooptación, para períodos de cuatro años, no reelegibles, designados de ternas presentadas por los nueve partidos y movimientos políticos mayoritarios legalmente reconocidos. Una vez elegidos representarán a todos los ciudadanos.

«Art. 124. Calidades. Para ser magistrado de la Corte Electoral se requieren las mismas calidades que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

«Art. 125. Atribuciones. La Corte Electoral cumplirá las siguientes atribuciones:

«1. Asignar al Registrador Nacional del Estado Civil.

«2. Designar a los delegados especiales y fijar sus calidades y funciones.

«3. Determinar las calidades que deban reunir los registradores distritales y municipales.

«4. Conocer en única instancia de los procesos electorales que se adelanten por la elección popular de funcionarios del orden nacional, conforme lo determine la ley.

«5. Conocer en segunda instancia de los procesos que conozcan en primera instancia los tribunales departamentales y distritales.

«6. Adoptar el presupuesto de la Rama Electoral.

«Capítulo Segundo

«Del Registrador

«Art. 126. El Registrador, período y calidades. El Registrador Nacional del Estado Civil será elegido por la Corte Electoral para un período de cuatro años, no es reelegible y pertenecerá a partido o movimiento.

«Art. 127. Atribuciones del Registrador. Son atribuciones del Registrador Nacional del Estado Civil:

«1- Asumir con exclusividad la identificación y registro civil de las personas.

«2- Llevar y actualizar el censo electoral.

«3- Proveer lo necesario para la celebración de todas las elecciones establecidas en esta Constitución y las leyes.

«4- Actuar con voz pero sin voto en la Corte Electoral.

«5- Nombrar sus delegados departamentales, distritales y municipales.

«6- Ejecutar el presupuesto de la Rama Electoral.

«7- Las demás que le asigne la ley.

«Art 128. Registradores delegados. Los Registradores delegados del Estado Civil Departamentales deberán reunir las mismas calidades exigidas para magistrados de los Tribunales Superiores;



Los distritales y municipales las que determine la Corte Electoral»¹⁷.

Otro proyecto de acto reformativo de la Constitución titulado Proyecto Reforma General, fue presentado por Fernando Carrillo, el cual se encontraba clasificado por medio de doce títulos que tenían los siguientes temas: Título primero (De los principios fundamentales), título segundo (De los derechos y garantías fundamentales y de los deberes y responsabilidades del Estado y los particulares), título tercero (Del servicio público), título cuarto (De la función legislativa), título cinco (De la función ejecutiva), título sexto (De la fuerza pública), título séptimo (De las elecciones y de los partidos políticos), título octavo (De la organización territorial), título noveno (De los temas económicos), título décimo (Del control fiscal), título once (De la reforma de esta Constitución) y el título doce (Disposiciones transitorias). El tema de lo electoral se encontraba en el título séptimo y planteaba los siguientes artículos:

«Título séptimo

«De las elecciones y de los partidos políticos

«Capítulo

«Del Consejo Nacional Electoral

«Artículo. El Consejo Nacional Electoral es supremo órgano administrativo y jurisdiccional de la República en materias electorales. Su composición, designación, calidades y duración de sus miembros en el cargo serán iguales a las establecidas por la Constitución para la Corte Suprema de Justicia.

«Artículo- El Consejo Nacional Electoral presentara al Congreso de la República los proyectos de

reforma del Código Electoral, necesarios para la reglamentación de las disposiciones constitucionales sobre la materia, reglamentara las que le haya señalado la ley y desarrollara las que sean pertinentes, garantizando, en todos los casos, la competitividad de las elecciones, la libertad y el secreto del sufragio, la imparcialidad, la veracidad y la prontitud de los escrutinios. Así mismo, la ley proveerá a la Rama Electoral de los recursos necesarios para la modernización de los procesos electorales»¹⁸.

Otro proyecto de acto reformativo de la Constitución, fue presentado por Juan Gómez y Hernando Londoño, el cual estaba basado en quince títulos que comprendían de la siguiente manera los diferentes temas a tratar: Título primero (De los fundamentos del Estado colombiano), título segundo (De la población), título tercero (De los derechos humanos), título cuarto (De la función legislativa), título quinto (De la función ejecutiva), título sexto (De la función judicial), título séptimo (De la función de control), título octavo (De la función electoral y los partidos políticos), título noveno (De la función de planeación), título décimo (De la hacienda), título once (De la organización territorial), título doce (De la fuerza pública), título trece (De los estados de excepción constitucional), título catorce (Del control constitucional) y título quince (De la reforma de la constitución)¹⁹. El tema de lo electoral se encontraba en el capítulo octavo y para este se establecían los siguientes artículos:

«Título Octavo

«De la Función Electoral y los Partidos Políticos

«Artículo 78. La Función Electoral.

18 *Ibíd.*, p. 14.

19 Ver Proyecto no. 9, en Gaceta Constitucional, no. 9, Bogotá D.C., martes 19 de febrero de 1991, pp.11-20.

«La función electoral será ejercida por el Consejo Nacional Electoral y por la Registraduría Nacional del Estado Civil. El primero tendrá la dirección general y la segunda coordinará y ejecutará las políticas para las elecciones y escrutinios, de conformidad a la ley.

«El Consejo Nacional Electoral estará compuesto por siete miembros, no reelegibles, elegidos por la Corte Constitucional para períodos de cuatro años, en proporción a la representación que tengan los partidos en la última elección para el Congreso.

«Para ser miembro del Consejo Nacional Electoral o Registrador del Estado Civil se requieren las mismas calidades que para ser magistrado de los altos tribunales.

«La ley determinará la organización, el funcionamiento y la financiación del Órgano Electoral, y expedirá el código electoral inspirado en los principios de democracia, transparencia y pluralismo.

«El Consejo Nacional Electoral tendrá competencia para vigilar el funcionamiento de los partidos políticos.

«Artículo 79. Del Registrador Nacional del Estado Civil

«El Consejo Nacional Electoral elegirá, para períodos de cuatro años, sin opción de reelección al Registrador Nacional del Estado Civil, quien será el jefe de la administración y Representante legal de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

«El Registrador Nacional del Estado Civil elabora cada año el proyecto de presupuesto de funcionamiento y de inversión y lo presentará al Director Nacional de Planeación, quien lo ajustará e integrará a la programación del presupuesto de la Nación»²⁰.

LA NUEVA REGULACIÓN: UN RETORNO A LA DÉCADA DEL TREINTA

El día de la instalación del Congreso en el período 2002-2006, un grupo de congresistas, entre ellos Andrés González, Juan F. Cristo, Rodrigo Rivera, José R. Trujillo, Camilo Sánchez O., Aurelio Irigorri H., Édgar Artunduaga, Piedad Córdoba, Juan Carlos Restrepo, Álvaro Araujo, Jesús Ignacio García, Alfonso López, José J. Vives, Plinio Olano y Guillermo Gaviria, radicaron un proyecto de Acto Legislativo “por el cual se adopta una reforma constitucional y se dictan otras disposiciones”. El proyecto se convirtió en Acto Legislativo, cuyas normas estuvieron muy lejos del querer de quienes presentaron el proyecto de Acto Legislativo. En efecto, la elección de los integrantes del Consejo Electoral volvió, como antes de 1948, a las manos del Parlamento. Dicen así:

«Artículo 13. El artículo 264 de la Constitución Política quedará así:

«Artículo 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con Personería Jurídica o por coaliciones entre ellos.

«Sus miembros serán servidores públicos, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y prerrogativas de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez.

«Parágrafo. La jurisdicción contencioso-administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año, sin que en ninguna de sus instancias el trámite pueda exceder de seis (6) meses.

20 Ibid., pp.11 y 12.



«Artículo 14. El artículo 266 de la Constitución Política quedará así:

«Artículo 266. El Registrador Nacional del Estado Civil será escogido por los Presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de justicia y el Consejo de estado, mediante concurso de méritos organizado según la ley. Su período será de cuatro (4) años, deberá reunir las mismas calidades que exige la Constitución Política para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y no haber ejercido funciones en cargos directivos en partidos o movimientos políticos dentro del año inmediatamente anterior a su elección.

«Podrá ser reelegido por una sola vez y ejercerá las funciones que establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, así como la de celebrar contratos en nombre de la Nación, en los casos que aquella disponga.

«La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley.

«Parágrafo transitorio. El período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siguiente elección de unos y otros se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente acto legislativo»²¹.

Durante el debate del Acto Legislativo vigente se propusieron diferentes posibilidades para la estructuración de la Organización Electoral, que por la extensión y propósitos de este texto dejamos de mencionar; sin embargo, conviene volver a las respectivas ediciones de la *Gaceta del Congreso*, donde se encontrarán valiosas ideas que deben mirarse en el momento en que quiera abordarse la reforma de las normas vigentes, un hito más, y tal vez no el más afortunado, en la larga tradición colombiana sobre el tema.

CONCLUSIONES

Si bien el sistema de integración del Consejo Nacional Electoral previsto en la Constitución de 1991 no era el más aconsejable, pues se le entregó a los partidos políticos la posibilidad de presentar ternas al Consejo de Estado para la escogencia de los integrantes de la corporación, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo conservó la posibilidad de escogencia, que podría decirse quedó limitada, mediatizada por los partidos políticos, que de esta manera se abrieron un espacio considerable, la reforma de 2003, cuando se entregó al Congreso en pleno la elección de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, significó el retorno a estructuras superadas en la historia del derecho colombiano, el control del Congreso sobre el Consejo Nacional Electoral, con los resultados que están a la vista: dos elecciones, la de 2006 y la de 2010, anuladas por el Consejo de Estado y un Consejo Nacional Electoral, si hemos de creer a la sentencia que anuló la elección de 2010, compuesto por agentes de los partidos políticos.

Se impone pues, una reforma que entregue el arbitraje del juego político a la sociedad colombiana, y no a los actores de la política, acostumbrados —viejo vestigio del Frente Nacional—, a llegar a acuerdos que les permiten excluir, bien a actores nuevos, bien a la sociedad colombiana,

21 Ver “Acto Legislativo no. 1 del 3 de julio de 2003, por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, no. 45.237, Bogotá, jueves 3 de julio de 2003, p. 3.

de la toma de decisiones de inmensa importancia para abrir o para cerrar —ambas posibilidades existen—, la democracia colombiana.

Consideramos que en la historia y en el derecho comparado existen posibilidades para que la nueva construcción retorne a lo soñado por el Legislador de 1948, que en el artículo primero de la Ley 89 indicaba:

«Artículo 1º La presente ley tiene por objeto crear una organización electoral ajena a las influencias de los partidos, de cuyo funcionamiento ningún partido o grupo político pueda derivar ventajas sobre los demás en la obtención de la cédula de ciudadanía para sus afiliados, ni en la formación de los censos electorales, ni en las votaciones y escrutinios; y cuyas regulaciones garanticen la plena responsabilidad y la imparcialidad política de los funcionarios adscritos a ella. Este principio constituye la norma de conducta a la cual deberán ceñirse rigurosamente todas las personas encargadas de cumplir cualquier función dentro de los organismos electorales.»





Antonio José Lizarazo Ocampo

Ex Magistrado Consejo Nacional Electoral



Transformación y evolución del sistema electoral

Por: Antonio José Lizarazo Ocampo

INTRODUCCIÓN

Como dice Carrillo (2010), la Constitución de 1991 fue una reacción de la sociedad colombiana contra quienes se aferraban a la violencia como supuesta expresión valedera de una determinada posición política. La incorporación a su texto de la democracia participativa como eje central de la nueva organización del Estado y de la sociedad, constituyó precisamente una apuesta por la sustitución de la acción violenta (Cepeda, 1993, p. 163), en consonancia con el propósito que inspiró la convocatoria de la Asamblea Constituyente, según se señaló en la denominada séptima papeleta² que le abrió el camino, y el acuerdo político con base en el cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, mediante el cual se adoptaron las reglas para su convocatoria y elección.

La participación se incorporó así a nuestro ordenamiento jurídico como principio rector de la Constitución (Cepeda, 1993) y fin esencial del Estado, como un deber constitucional y, al mismo tiempo, como un derecho fundamental de los ciudadanos, pero no se la limitó a la esfera política sino, como dice Cepeda (1993), se la hizo extensiva a otras formas de participación en “procesos decisivos no electorales” (p. 158) y en la vida económica, administrativa y cultural de los colombianos.

Se entendió la participación, igualmente, como ejercicio de la soberanía. El artículo tercero de la Constitución estableció que el pueblo ejercería la soberanía en forma directa o a través de sus representantes y para ello agregó a los mecanismos tradicionales de la democracia representativa algunos institutos de democracia directa como el plebiscito, la consulta popular, el referendo, entre otros, bajo la fórmula de la democracia participativa y mediante el reconocimiento de derechos tales como los de elegir y ser elegido, revocar el mandato de los elegidos, presentar propuestas normativas ante las corporaciones públicas de elección popular, intervenir directamente en la adopción de decisiones públicas, constituir partidos y movimientos políticos, acceder a la función pública e interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley, para no mencionar sino los que integran el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

Las principales transformaciones en materia política y electoral se inspiraron en la necesidad de promover el pluralismo político, ampliar los espacios y mecanismos de participación, e incluir a las minorías étnicas en diversos escenarios de decisión política. La formulación de los elementos técnicos que componen el sistema electoral reflejó las preocupaciones fundamentales de los cons-

tituyentes a la hora de diseñar el nuevo sistema político, las cuales giraban en torno a la necesidad de superar el modelo de democracia representativa excluyente que nos caracterizaba entonces y el evidente agotamiento del sistema de partidos incapaz de representar los intereses y aspiraciones de amplios sectores de la población.

Podría decirse que la Constitución de 1991 representó “la más importante reforma electoral en la historia reciente de Colombia” (Vanegas, 2008, p. 83). La cantidad de disposiciones con contenido electoral que se incorporaron ha llevado a algunos a hablar de un derecho constitucional electoral y a denominar la nueva Carta como una “Constitución electoral” (Vanegas, 2008, p. 86). Dicho régimen constitucional en materia electoral se caracterizó, entre otros aspectos, por los siguientes:

- La soberanía se atribuyó al pueblo y el voto se consagró como un derecho fundamental de los ciudadanos. En la Constitución de 1886 la soberanía se atribuía a la Nación y el voto se concebía como una función de la misma.
- El voto programático se incorporó como un componente del derecho a elegir gobernadores y alcaldes, razón por la que el desconocimiento del programa por parte del elegido se erigió en causal para la revocatoria de su mandato.
- Se dispuso el uso de tarjetas electorales diseñadas y distribuidas por el Estado, impresas en papel de seguridad y numeradas.
- Se autorizó igualmente al Legislador para implantar mecanismos de votación que otorgaran más y mejores garantías para el libre ejercicio del derecho al voto.
- Se autorizó al Legislador para conceder a los

extranjeros el derecho al voto en elecciones o consultas distritales o municipales.

- Se estableció la elección popular del Vicepresidente y de los gobernadores de departamento, y se autorizó al Legislador para establecer la elección de miembros de los parlamentos Andino y Latinoamericano, así como de jueces de paz y de representantes en las juntas de las empresas de servicios públicos.
- Se dispuso que la elección de Presidente y Vicepresidente de la República no coincidiera con otra elección, y que la del Congreso se hiciera en fecha separada de la elección de autoridades departamentales y municipales.

Adicionalmente se adoptaron reglas sobre partidos y movimientos políticos como instrumentos de participación en la vida democrática de la Nación y se elevó a rango constitucional la organización electoral, cuyos principales órganos —el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil— fueron dotados de autonomía e independencia respecto de las demás ramas del poder público.

El presente artículo, de acuerdo con la invitación que me ha hecho la Fundación Konrad Adenauer, pretende examinar algunos aspectos del modelo de democracia participativa adoptado en la Constitución de 1991, en particular relacionados con el sistema electoral.

Para la presentación de los anteriores temas se hará inicialmente una descripción de las regulaciones constitucionales adoptadas por el Constituyente de 1991 sobre cada uno de ellos y luego se examinarán las más relevantes reformas introducidas por el Congreso en estas materias durante los veinte años de vigencia de la misma y los principales problemas en su aplicación. En relación con el título del artículo resulta necesario precisar que la



expresión 'sistema electoral' se utiliza en un sentido restringido, es decir, como el conjunto de "reglas a través de las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y a través de las cuales es posible convertir votos en escaños parlamentarios [...] o en cargos de gobierno" (Nohlen, 2004, p. 10)³. Hechas estas precisiones, a continuación se desarrollarán en el mismo orden las siguientes unidades de análisis propuestas en la invitación: i) principales cambios en el sistema electoral, y ii) el voto preferente: ¿debe subsistir?, ¿es compatible con un sistema fuerte de partidos?

PRINCIPALES CAMBIOS EN EL SISTEMA ELECTORAL

Las fórmulas originales

El sistema electoral colombiano, entendido en sentido estricto como el conjunto de reglas que regulan el ejercicio de la función electoral y que, por lo mismo, permite a los ciudadanos expresar sus preferencias políticas en la elección de sus representantes o en la adopción de decisiones en los mecanismos de participación, está constituido por los siguientes elementos o variables propios de los sistemas electorales: i) circunscripciones electorales, ii) las formas de las candidaturas y de emisión de los votos, iii) los umbrales, y iv) las fórmulas o reglas de decisión.

Circunscripciones electorales

En materia de circunscripciones electorales —entendidas como divisiones territoriales de los ciudadanos para efectos del ejercicio del derecho al sufragio y a participar en los mecanismos de ejercicio y control del poder político—, la Constitución de 1991 introdujo las siguientes modificaciones:

- Para la elección del Senado de la República se crearon dos circunscripciones nacionales: una ordinaria, para la elección de 100 senadores, y una especial para la elección de dos senadores en representación de comunidades indígenas.

- Para la elección de Cámara de Representantes se crearon dos tipos de circunscripciones: i) las territoriales, conformadas por los departamentos⁴, como en el sistema anterior, y el Distrito Capital de Bogotá; y ii) una circunscripción especial de carácter nacional para la elección de cinco representantes por los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, para cuya creación y distribución se facultó al Legislador.

- Para la elección de Asambleas Departamentales⁵ la Constitución previó que el Consejo Nacional Electoral podía formar, con base en su población y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, círculos dentro de los límites de cada departamento.

- El Distrito Capital de Bogotá se separó de la circunscripción electoral de Cundinamarca para efectos de la elección de representantes a la Cámara, Gobernador del Departamento y diputados. El departamento de Cundinamarca y el Distrito de Bogotá elegirían sus propios representantes a la Cámara y en la elección de Gobernador y de diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca no participarían los ciudadanos inscritos en el censo electoral del Distrito Capital⁶.

Por otra parte, se amplió el derecho de los colombianos residentes en el exterior a votar en todas las votaciones de carácter nacional. Como se sabe, desde la Ley 39 de 1961 los ciudadanos colombianos que se encontraran en el exterior tenían

derecho a lo que la Constitución vigente en aquella época denominaba “función constitucional del voto”, derecho que el artículo 22 de la Ley 96 de 1985 (116 del Código Electoral) reiteró respecto de las elecciones presidenciales. A partir de la Constitución de 1991 este derecho se amplió a la elección de Senadores de la República¹, a la elección de un Representante a la Cámara², y a participar en los mecanismos de participación del ámbito nacional.

Las formas de las candidaturas y de emisión de los votos⁷

La nueva Constitución mantuvo las candidaturas individuales para la elección de cargos uninominales, y las colectivas o de listas para la elección de miembros de corporaciones públicas y, en ambos casos, las candidaturas múltiples, es decir la posibilidad de partidos y movimientos de inscribir más de un candidato o lista por cada cargo o corporación a elegir⁸.

En relación con las listas de candidatos a corporaciones públicas, se continuó el sistema de listas cerradas, bloqueadas, y la posibilidad de inscribirlas completas o incompletas e, incluso, de inscribirlas con un número mayor de candidatos que el de curules a proveer, como en efecto ocurrió en las circunscripciones pequeñas.

En relación con la forma de emisión del voto, se mantuvo el voto único tanto para la elección de cargos uninominales como para la elección de miembros de las corporaciones públicas. Cada elector, en consecuencia, sólo podía depositar un voto por cada candidato o lista.

Estas reglas, en realidad, no correspondían a textos explícitos que así las consagraran pero se

1 Artículo 171 de la Constitución de 1991.

2 Artículo 176 de la Constitución de 1991.

derivaban del conjunto de disposiciones que regulaban diversas instituciones propias de la democracia representativa, tales como la provisión de las faltas absolutas o temporales en las corporaciones públicas, para no citar sino un ejemplo, las cuales de conformidad con el original artículo 261 de la Constitución, podían ser suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente correspondieran a la misma lista electoral.

Los umbrales

El texto original de la Constitución no estableció umbrales o barreras legales para la elección de cargos o corporaciones públicas, pero sí para la aprobación de decisiones sometidas a votación en desarrollo de los mecanismos de participación del pueblo. En efecto, en los mecanismos de participación, con excepción del referendo relativo al ordenamiento territorial, el Constituyente estableció porcentajes mínimos de participación ciudadana, es decir, un número mínimo de ciudadanos que debía acudir a la correspondiente votación para que la decisión se considerase aprobada si, además, obtenía la votación mínima requerida.

Las fórmulas o reglas de decisión

Como su nombre lo indica, esta variable hace referencia a las fórmulas mediante las cuales se determina el ganador en una elección a un cargo uninominal o mediante la cual se asignan las curules entre los candidatos integrantes de las listas a una corporación pública.

Para la elección del Presidente de la República, la Constitución de 1991 adoptó el sistema de mayoría absoluta, razón por la que cuando ninguno de los candidatos obtiene en primera vuelta esta mayoría⁹ se realiza una segunda vuelta en la



que sólo pueden participar los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. En esta segunda oportunidad resulta ganador el que obtenga la mayoría simple. Para los demás cargos uninominales se mantuvo el sistema de mayoría simple o relativa.

Para la elección de corporaciones públicas, el Constituyente de 1991 mantuvo el sistema del cociente electoral y la asignación de las curules restantes a los mayores residuos.

En materia de mecanismos de participación ciudadana se adoptó el sistema de mayoría absoluta en los referendos constitucionales y derogatorios de leyes, o de la mayoría simple en el caso del referendo derogatorio de reformas constitucionales adoptadas por el Congreso. Para la convocatoria a una asamblea constituyente se exigió la aprobación, cuando menos, de una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

LAS REFORMAS POSTERIORES: HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE PARTIDOS

Las numerosas reformas al régimen político adoptado en la Constitución de 1991 han tenido diversos propósitos, pero podría decirse que las adoptadas mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 se han orientado al fortalecimiento del sistema de partidos y al mejoramiento de la gobernabilidad democrática. Las principales modificaciones a las variables del sistema electoral podrían sintetizarse de la siguiente manera:

En relación con las circunscripciones electorales

Mediante Acto Legislativo 01 de 1996 se suprimió la posibilidad que originalmente se había pre-

visto en el sentido de dividir los departamentos en círculos para efectos de la elección de diputados a las asambleas departamentales.

En el 2005, mediante los Actos Legislativos 02 y 03, se creó la circunscripción internacional para la elección de un representante a la Cámara, en la que sólo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por los ciudadanos residentes en el exterior, de tal manera que a partir de dicha reforma la Cámara se elige en tres circunscripciones: i) circunscripciones territoriales, ii) circunscripciones especiales, y iii) una circunscripción internacional.

Por otra parte, se redujo a cuatro el número de representantes a elegir en circunscripción especial como consecuencia de la exclusión del que se elige en circunscripción internacional y, así mismo, se adoptó una nueva regla para la determinación del número a elegir en cada circunscripción territorial con el objeto de evitar su incremento desbordado como consecuencia del crecimiento de la población. Se consagró igualmente que si, como resultado de la aplicación de la nueva fórmula, una circunscripción territorial pierde una o más curules, mantendrá las mismas que le correspondieron el 20 de julio de 2002.

Las reformas posteriores, sin embargo, no han resuelto uno de los mayores problemas derivados de la creación por el Constituyente de 1991 de circunscripciones especiales con el objeto de garantizar la participación de las minorías étnicas en el Congreso. En efecto, las denominadas circunscripciones especiales en Senado y Cámara no sólo no han contribuido al propósito de garantizar una representación mínima de las minorías étnicas sino que, por el contrario, han generado serios problemas en el diseño de las tarjetas electorales —lo cual podría explicar el altísimo número de tarjetas no marcadas y de votos nulos—, así como en la aplicación de los efectos del voto en blanco

y de las reglas para la asignación de curules en el Congreso. En las últimas elecciones de Congreso, por ejemplo, se registraron 1.500.000 votos nulos, equivalentes a 12% en promedio del total de la votación, y 500.000 tarjetas no marcadas, equivalentes a cerca de 4% del total de sufragantes.

Se trata, sin duda, de un asunto que requiere urgente atención por parte del Congreso.

En relación con las formas de las candidaturas y de emisión de los votos

El Acto Legislativo 01 de 2003 introdujo los siguientes cambios a las formas de las candidaturas:

- Eliminó la posibilidad de candidaturas múltiples al establecer la regla de que cada partido o movimiento sólo puede inscribir un candidato o una lista por cada cargo o corporación a elegir.
- Estableció el voto preferente, es decir, el sistema de listas cerradas pero no bloqueadas, como una opción de los inscriptores, razón por la que subsisten las listas cerradas y bloqueadas. El voto preferente, como se sabe, sólo se tiene en cuenta para la reordenación de las listas.
- Dispuso, igualmente, que el número de integrantes de las listas no podía exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección, excepto las listas en circunscripciones en las que se eligen hasta dos miembros, las cuales podrán estar integradas hasta por tres candidatos.

Dicha reforma, por otra parte, amplió los efectos del voto en blanco al establecer la invalidación de una elección cuando estos fueran mayoría absoluta. Dicha exigencia fue modificada en la

reforma de 2009 con el objeto de reducir la votación requerida a la mayoría simple. La desafortunada redacción de la nueva regla ha conducido, sin embargo, a una interpretación que mantiene la regla inicial de mayoría absoluta. En efecto, la reforma dispuso que debía repetirse por una sola vez una elección cuando los votos en blanco constituyeran mayoría absoluta en relación con los votos válidos, caso en el cual no podrían presentarse a la nueva elección los mismos candidatos y en tratándose de corporaciones públicas no podrían hacerlo las listas que no hubieren alcanzado el umbral. Esta disposición fue modificada en la reforma constitucional de 2009 con el propósito de suprimir la exigencia de mayoría absoluta y de permitir que la mayoría simple de votos en blanco pudiera invalidar la elección, modificación que sin embargo, como consecuencia de su deficiente redacción, ha sido interpretada por la Corte Constitucional como si no se hubiera introducido ningún cambio, según aparece en la sentencia C-490 de 2011, mediante la cual declaró inexecutable la fórmula adoptada en la Ley 1475 de 2011 con el propósito de dirimir la ambigüedad de la norma constitucional, oportunidad en la cual dijo la Corte:

«Mientras que la norma constitucional impone una mayoría absoluta, el proyecto de ley estatutaria reduce el presupuesto a una mayoría simple, en clara vulneración de la norma constitucional.»

Finalmente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 se adoptó la equidad de género como principio rector de la actividad de los partidos, el cual fue desarrollado por la Ley 1475 de 2011, en cuanto a la integración de las listas, como el deber de garantizar la representación de la mujer en un porcentaje no inferior a 30% de los candidatos inscritos.

Podría decirse que además de los problemas en la aplicación de la regla del voto en blanco



como consecuencia de la falta de claridad en su redacción, la cuestión más controvertida en esta materia se deriva de la aplicación del voto preferente. Mientras algunos consideran que este sistema es perverso en cuanto mantiene la personalización de la política, otros, por el contrario, consideran que se trata de una figura democrática que permite al elector escoger directamente a sus representantes (Giraldo, 2010).

En relación con los umbrales

La Constitución de 1991 no estableció, como ya se dijo, umbrales o barreras legales para la elección de cargos o corporaciones de elección popular. Tal regla fue establecida en la reforma política de 2003 para la elección de corporaciones públicas, así: 2% del total de votos sufragados para la elección de Senado y 50% del cociente electoral para las demás corporaciones, con excepción de las circunscripciones en las que se elijan dos curules, caso en el cual el umbral será de 30% del cociente electoral. Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas de acuerdo con el sistema de cifra repartidora. La reforma política de 2009, por su parte, elevó el umbral para la elección del Senado a 3% de los votos sufragados a partir de las elecciones de 2014.

En relación con las fórmulas o reglas de decisión

Para la elección de corporaciones públicas el Constituyente de 1991 mantuvo el sistema del cociente electoral (método de Hare) y la asignación de las curules restantes a los mayores residuos. La reforma constitucional de 2003 sustituyó dicho sistema por el de cifra repartidora, excepto en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros —en las que se seguirá aplicando el cociente electoral—, y en las que se elige uno —en las que se aplicará el sistema de mayoría.

La fórmula adoptada en 2003 es una variable del método de D'Hondt. La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Una vez obtenida esta cifra se realiza una operación adicional: cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

EL VOTO PREFERENTE: ¿DEBE SUBSISTIR?, ¿ES COMPATIBLE CON UN SISTEMA FUERTE DE PARTIDOS?

El voto preferente para la elección de miembros de corporaciones públicas se incorporó como una variable de nuestro sistema electoral con el objeto de facilitar la aprobación de otra variable, la de la lista única, dentro del conjunto de fórmulas que la reforma de 2003 adoptó con el propósito de racionalizar y fortalecer nuestro sistema de partidos.

La reforma, sin embargo, conservó el sistema de listas bloqueadas, razón por la que dentro de un mismo proceso electoral unas listas pueden ser bloqueadas y otras abiertas, "sistema híbrido único en el mundo" (Botero y Rodríguez, 2008, p. 12), que logró, por una parte, ordenar exitosamente el caos imperante en las elecciones en materia del número de listas inscritas, pero mantuvo intacta, por la otra, la excesiva personalización de la política y agregó una mayor complejidad en el diseño de la tarjeta electoral y, por lo mismo, en la realización del escrutinio, al incorporar al proceso una opción de voto adicional.

El resultado de esta fórmula híbrida, no obstante los problemas señalados, constituyó un avance en el fortalecimiento del sistema de par-

tidos. Se comprueba una vez más que en materia electoral no existen fórmulas ideales y que la clave consiste en encontrar las que mejor respondan a las demandas funcionales que se pretendan satisfacer (Nohlen, 2004).

La reforma adoptada logró, sin lugar a dudas, superar el caos que generaban las candidaturas múltiples, es decir, la posibilidad que tenían partidos y movimientos de inscribir más de una lista por cada corporación a elegir. “La reforma política cambió la lógica de funcionamiento del sistema haciendo que los actores clave no fueran los individuos sino los partidos” (Botero y Rodríguez, 2008, p. 13). No obstante lo anterior, subsisten serios problemas de personalización de la política, falta de coherencia interna, cohesión e indisciplina partidista, materias en las que aún no se han formulado soluciones distintas a la de la supresión del voto preferente, la profundización de la democracia interna y el fortalecimiento del papel de los partidos en la selección e inscripción de candidatos y en la financiación de las campañas electorales, soluciones normativas que probablemente no resuelvan problemas más profundos como el de la debilidad de la confianza interpersonal (Castro y Losada, 2008, p. 18).

Cabría pensar igualmente en la conveniencia de otorgar valor jurídico —para efectos de la reordenación de las listas— a los votos por los partidos o movimientos que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular pues, como se sabe, la fórmula vigente sólo le otorga dicho efecto a los votos preferentes depositados a favor de los candidatos.

En estas condiciones el voto preferente podría subsistir en una nueva etapa del proceso de reforma que se viene adelantando en Colombia con el objeto de fortalecer el sistema de partidos y no necesariamente resultaría incompatible con dicho propósito. En efecto, como lo sostienen

Castro y Lozada (2008) “los partidos han empezado a ser claramente objeto de preferencias electorales” (p. 7), en cuanto cada vez es mayor la votación depositada por los partidos pasando por encima de las preferencias personales por los candidatos, como puede apreciarse en los resultados de las elecciones de 2006 en las que más de 1.630.000 colombianos que optaron por listas con voto preferente votaron únicamente por las listas y no por los candidatos en particular (Medellín, citado por Castro y Lozada, 2008).

CONCLUSIONES

La descripción que acaba de hacerse sobre las principales formulaciones adoptadas en la Constitución de 1991 en relación con las variables del sistema electoral, permite afirmar que no obstante la cantidad de disposiciones con contenido electoral la mayoría de ellas no implicó más que la constitucionalización de reglas existentes antes de 1991.

Los cambios más relevantes tienen que ver, en lo fundamental, con las nuevas reglas en materia de participación directa de los ciudadanos en la vida democrática de la Nación y con la creación de circunscripciones nacionales para la elección del Senado y para garantizar la participación de las minorías étnicas en Senado y Cámara, así como con la adopción del sistema de doble vuelta para la elección de la fórmula presidencial.

Las nuevas reglas sobre mecanismos de participación incorporaron la exigencia de umbrales mínimos de votantes y de mayorías especiales para su aprobación, lo cual en la práctica ha reducido su utilización exitosa. La reglamentación de tales mecanismos mediante la Ley 134 de 1994 hizo más restrictiva y exigente su utilización al establecer requisitos adicionales de difícil cumplimiento.



Como dice el profesor Vanegas (2008) **“la democracia representativa, lejos de haber sido sustituida o relegada a un segundo plano, en el nuevo orden constitucional se revitaliza”** (p. 84), en cuanto se amplió el número de cargos y corporaciones a elegir popularmente al establecer la elección popular del Vicepresidente, de los gobernadores de departamento y, previa autorización del Legislador, de miembros de los parlamentos Andino y Latinoamericano, así como de jueces de paz y de representantes en las juntas de las empresas de servicios públicos. Así mismo se autorizó al Legislador para conceder a los extranjeros el derecho al voto en elecciones o consultas distritales o municipales.

No obstante la mencionada revitalización de la democracia representativa, los objetivos del Constituyente de 1991, en materia de democracia participativa, constituyen aún una meta por alcanzar. En efecto, no se ha logrado avanzar en la erradicación de la violencia como instrumento de acción política, ni en la construcción de un verdadero pluralismo político, a pesar de las facilidades otorgadas para la creación de partidos y la existencia de mayores espacios y mecanismos de participación. Las circunscripciones especiales en Senado y Cámara para la elección de representantes de las comunidades indígenas y de negritudes, si bien garantizan la representación en el Congreso de tales minorías étnicas, las ha condenado a una representación mínima sin posibilidades de que la votación que obtengan les permita ampliar proporcionalmente su representación, además de los serios problemas que ello genera en el diseño de las tarjetas electorales y los ya mencionados respecto de la aplicación del voto en blanco, entre otros.

Una de las razones de tales resultados podría encontrarse en el hecho de que la regulación de las variables del sistema electoral colombiano ha dependido, en buena medida, del sistema de par-

tidos que en su momento se ha querido construir: en 1991, superar el bipartidismo tradicional; en 2003, superar la dispersión. Probablemente por ello el objetivo en el que más se ha avanzado ha consistido en superar el bipartidismo, razón por la que las reformas posteriores a 1991 han estado orientadas a superar la distorsión que en el sistema de partidos generaron las reglas inicialmente adoptadas para la creación de partidos y que permitieron que en 2002 participaran en la elección de Senado 63 partidos y movimientos políticos con personería jurídica (Botero y Rodríguez, 2008, p. 18).

Cabría concluir, en consecuencia, que si bien la formulación de los elementos técnicos propios del sistema electoral para superar el modelo de democracia representativa excluyente que nos caracterizaba entonces y el evidente agotamiento del sistema de partidos no han logrado los resultados esperados, es preciso reconocer que a partir de la Constitución de 1991 Colombia ha avanzado significativamente en la formulación de un régimen constitucional cuya principal finalidad ha sido la de garantizar la participación de todos en la conformación, ejercicio y control del poder político, pero ha llegado el momento, veinte años después de su entrada en vigencia, de evaluar su verdadero impacto en la construcción y profundización de nuestro sistema democrático.

REFERENCIAS

Botero, F., y Rodríguez, J. C. (2008). *Grande no es sinónimo de fuerte. Los Partidos y la Reforma Política*. Proyecto de fortalecimiento de la democracia en Colombia PNUD - IDEA Internacional. Documento de Trabajo No. 3. Primera Edición, Bogotá.

Carrillo, F. (2010). La séptima papeleta o el origen de la Constitución de 1991. En M. L. Torres, (Ed.), *La séptima papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas* (pp. 23-64). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Castro, A., y Losada, R. (2008). *Evaluación sobre la reforma política aprobada en 2003*. Proyecto de fortalecimiento de la democracia en Colombia PNUD - IDEA Internacional. Documento de Trabajo No. 4. Primera Edición, Bogotá.

Cepeda, M. J. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo Constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República.

Giraldo, F. (2010). VI Reformas y Ajustes del Sistema Electoral. Serie Reforma Política. *Konrad Adenauer Stiftung Papers*, No. 13.

Nohlen, D. (2004). *Sistemas electorales y reforma electoral, una introducción*. Biblioteca de la Reforma Política No. 4. Lima: Asociación Civil Transparencia Internacional IDEA.

Vanegas, P. P. (2008). *Estudios de Derecho Electoral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

2 La “papeleta” era el instrumento de votación que en aquella época se utilizaba en las votaciones populares y se denominó séptima porque en el proceso electoral de 1990, año en que se convocó la Constituyente, se elegían senadores, representantes a la Cámara, diputados a las Asambleas Departamentales, concejales, alcaldes, y se seleccionaba mediante consulta popular el candidato liberal a la Presidencia de la República, razón por la que los ciudadanos podían depositar hasta seis papeletas en esa votación.

3 Como se sabe, según lo advierte Nohlen (2004), “los sistemas electorales pueden concebirse en un sentido restringido y en un sentido amplio”. Para el mencionado autor este sentido restringido se presenta como más ventajoso “tanto en lo que se refiere al estudio de las consecuencias políticas de los sistemas electorales como en cuanto al debate político en torno a la introducción o la reforma de sistemas electorales” (p.10). En el mismo sentido restringido lo utiliza Sartori (2000), para quien “los sistemas electorales determinan el modo en que los votos se transforman en curules” (p.15). En la doctrina y en la jurisprudencia nacional encontramos igualmente su utilización en sentido estricto. Para Vanegas (2009), por ejemplo, el sistema electoral es “el conjunto de aquellas variables por medio del cual los votos emitidos por los ciudadanos se convierten en escaños” (p. 232).

4 Incluyendo, por supuesto, las antiguas intendencias y comisarías, las cuales fueron convertidas en departamentos en la nueva Constitución.

5 Órganos administrativos de representación popular existentes en cada uno de los departamentos, integrados por diputados.

6 Artículo 327 de la Constitución de 1991.

7 Aunque se trata de dos variables distintas del



sistema electoral se examinan en conjunto por razón del vínculo estrecho existente entre ellas.

8 Excepto en el caso de candidatos o listas independientes inscritas por movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, por cuanto cada movimiento social o grupo significativo de ciudadanos debe acreditar respaldo ciudadano expresado en un determinado número de firmas para inscribir cada candidato o cada lista, lo cual se traduce en candidatos y listas únicas.

9 Artículo 190 de la Constitución.



• CAPÍTULO V •
RELACIONES INTERNACIONALES

■■■■■ Ordenamiento interno y
Derecho internacional

Juana Inés Acosta-López

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Carlos III de Madrid. LL.M en International Legal Studies de New York University, en calidad de Hauser Global Scholar. Profesora de la Universidad de la Sabana y Asesora del Alto Asesor para la Seguridad Nacional de la Presidencia de la República.

Álvaro Francisco Amaya-Villareal

Abogado e historiador de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad del Rosario. Consultor en Derechos Humanos



Ordenamiento interno y Derecho internacional

Por: Juana Inés Acosta-López
Álvaro Francisco Amaya-Villareal

El presente capítulo tiene como propósito mostrar cómo paulatinamente las altas cortes en Colombia (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia) han incorporado la doctrina y la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH” ó “el Sistema”) especialmente en asuntos de naturaleza constitucional, administrativo y penal. Esta incorporación no se ha realizado exclusivamente a través de la figura del bloque de constitucionalidad que se deriva del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, sino que las cortes han utilizado cada vez más la interpretación directa de la doctrina y la jurisprudencia internacional, al margen del análisis sobre su pertenencia o no a dicho bloque. Por tanto, el diálogo de las cortes nacionales con las instancias internacionales adquiere hoy una dinámica propia, ligada a figuras tales como las del control de convencionalidad y la interpretación *pro persona*.

El texto se desarrollará en tres secciones. A manera de introducción, en la primera parte se

explicará brevemente el funcionamiento de los órganos del SIDH y el bloque de constitucionalidad. En la segunda sección se hará referencia a la jurisprudencia nacional que ha incorporado (1) los informes generales y especiales sobre países; (2) los informes de admisibilidad; (3) los informes de fondo y (4) las medidas cautelares, todos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”).

En la tercera sección se hará referencia a la jurisprudencia nacional que ha incorporado los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CortelDH”) de (1) sus sentencias contra Colombia; (2) sus sentencias contra otros países; (3) sus opiniones consultivas y (4) las medidas provisionales.

Al final, se expondrán algunas conclusiones relacionadas con el valor jurídico de la jurisprudencia y la doctrina internacional.

Dos precisiones metodológicas antes de iniciar, en relación con la segunda y tercera sección

nes del capítulo. Primero, estas secciones tienen un desarrollo primordialmente descriptivo en relación con la incorporación de la doctrina y la jurisprudencia del SIDH en las decisiones de las altas cortes en Colombia. Aunque el lector podrá identificar en la lectura de estos análisis descriptivos implícitamente la tesis de los autores, ésta sólo se hará explícita en las conclusiones. Segundo, dado que intenta realizarse una descripción explícita acerca de la incorporación de la doctrina y la jurisprudencia internacional en las decisiones domésticas, el texto incluye varias citas textuales de jurisprudencia nacional. Aunque tradicionalmente este número de citas no es el ideal, creemos que para cumplir con el objetivo propuesto, estas citas resultan ilustrativas y útiles.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos hace referencia al conjunto de instrumentos internacionales y órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA) encargados del monitoreo, promoción, protección y garantía de los derechos humanos en el continente americano. Los principales instrumentos internacionales del Sistema son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (en adelante la "Convención" o la "CADH") y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador¹.

1 Dentro del SIPDH encontramos además, entre otros los siguientes instrumentos: el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

El SIDH está compuesto por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aun cuando la Comisión y la Corte coinciden en su autonomía e independencia en el interior de la OEA², así como en su función general de procurar el respeto y garantía de los derechos humanos en el hemisferio, se diferencian principalmente en su naturaleza. Mientras que la CIDH es un órgano que ejerce funciones de promoción, monitoreo y protección de los derechos humanos, así como el conocimiento de peticiones en las que alegan violaciones de los derechos humanos consagrados en los instrumentos que componen el SIDH, la Corte Interamericana es un órgano que ejerce funciones exclusivamente judiciales.

La CIDH se pronuncia a través de actos jurídicos conocidos como "Informes". En particular, y de cara al presente texto, la CIDH expide: informes anuales, en los cuales se pronuncia año tras año en relación con la actividad adelantada por el órgano internacional, la situación general de los derechos humanos en el continente, y sus observaciones particulares respecto de países de especial preocupación para la CIDH (incluidas en el conocido Capítulo 4 del Informe Anual); informes sobre países, que son aquellos mediante los cuales la CIDH realiza un análisis detallado de la situación de los derechos humanos en un país en particular, usualmente por iniciativa del propio Estado bajo análisis (en relación con Colombia se han realizado tres informes sobre país en los años 1981, 1993 y 1999); informes expedidos en el marco del conocimiento de peticiones presentadas por presuntas violaciones de los derechos

la Mujer "Convención de Belem Do Para"; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; la Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

2 Es decir que el ejercicio de sus competencias no depende del devenir o intereses políticos dentro la OEA, como sí ocurre por ejemplo con el órgano típicamente político de la OEA como es la Asamblea General.



humanos (artículos 44 y 45 de la CADH), en los que se encuentran, entre otros, los informes de admisibilidad, mediante los cuales la Comisión decide abrir formalmente a trámite la petición luego de verificar el cumplimiento de los factores de competencia y requisitos de admisibilidad de la misma (artículos 46 y 47 de la CADH) y los informes de fondo (artículo 50 y 51 de la CADH), en los cuales la CIDH se pronuncia de fondo respecto de la configuración o no de violaciones de los derechos humanos por parte del Estado denunciado. Igualmente, en cualquier estado del procedimiento de peticiones, la CIDH puede homologar mediante informe un eventual acuerdo de solución amistosa que las partes acuerden (artículo 49 de la CADH).

Ahora bien, la CIDH también se pronuncia respecto solicitudes de medidas cautelares (artículo 25 del Reglamento de la Comisión), es decir, respecto de situaciones de gravedad y urgencia que puedan producir daños irreparables a las personas. Frente a estas circunstancias, la CIDH otorga medidas cautelares y ordena al Estado la adopción de medidas de protección, con el fin de garantizar el respeto de los derechos bajo amenaza. El acto jurídico mediante el cual la CIDH otorga las medidas cautelares no está definido en la CADH ni en su reglamento, y por tanto lo denominaremos “medida cautelar”.

De otro lado, en lo que tiene que ver con la CortelDH, esta se pronuncia formalmente mediante sentencias, opiniones consultivas o resoluciones. En sus sentencias la Corte se pronuncia sobre los siguientes asuntos en el marco de casos contenciosos remitidos ante ella: excepciones preliminares, el fondo del caso, las reparaciones y costas (artículo 63 de la CADH y 65 y 66 del Reglamento de la Corte), así como de la interpretación de sus fallos (artículo 67 de la CADH). A través de las opiniones consultivas, la Corte da respuesta a preguntas puestas a su consideración por la CIDH

o por un Estado parte de la CADH, relacionadas con la interpretación del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 64 de la CADH). Por último, las resoluciones son utilizadas por la CortelDH para pronunciarse respecto de asuntos de trámite en el marco de casos contenciosos o de la terminación del proceso (artículo 31 del Reglamento de la CortelDH) y para ordenar medidas provisionales, es decir, la protección y salvaguarda de los derechos de personas que se encuentren en situaciones de extrema gravedad y urgencia de sufrir un daño irreparable (artículo 63.2 de la CADH).

Es importante resaltar que de cara a la interpretación en el marco de cualquiera de las competencias de los órganos del Sistema, el principio interpretativo de mayor orientación es el principio *pro persona*. Este principio señala que en aquellos casos de oscuridad en aplicación de las obligaciones derivadas de un tratado internacional de derechos humanos, se debe preferir la interpretación más favorable a la persona titular de los derechos. De esta forma, se deben preferir interpretaciones amplias, extensivas e incluyentes en relación con la protección de los derechos humanos, sobre aquellas reducidas o excluyentes³.

Por último, los instrumentos internacionales que conforman el SIDH, así como los pronunciamientos de sus órganos, no son ajenos al ordenamiento jurídico colombiano, sino que se incorporan a éste de manera directa como una fuente formal de derecho. Lo anterior debido a la figura del bloque de constitucionalidad, incorporada en la Constitución Política de 1991. Esta institución anexó a la Constitución el contenido de los tratados internacionales de derechos ratificados

3 Al respecto del alcance del principio *pro persona* se puede consultar: Amaya, A. F. (2005, junio). El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento de los Estados. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 5. pp. 237-380.

por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Por tanto, dichos instrumentos internacionales son texto sustancial de nuestro derecho constitucional. Esto resulta importante en tanto que una “noción como el bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica, [...] delimita y enriquece los debates ante la justicia constitucional, [...] y pone] en evidencia que una constitución puede tener mayor densidad y extensión normativa de lo que sugiere una simple lectura literal de su articulado”⁴.

En consecuencia, a continuación nos aproximaremos a algunas decisiones de las altas cortes colombianas, con el fin de analizar la forma como la jurisprudencia nacional ha incorporado los distintos pronunciamientos de los órganos del SIDH en el nivel local.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Informes generales y especiales sobre países

La Corte Constitucional en varias ocasiones, con el fin de llenar de contenido los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política, ha utilizado los informes generales y especiales sobre países de la CIDH. Así lo ha hecho, por ejemplo, para (i) reiterar que es imperativo que los Estados miembros del Sistema terminen con prácticas que atenten contra el debido proceso, en especial a una investigación realizada por funcionarios independientes e imparciales⁵;

4 Umprinmy, R. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *DeJusticia*, ppág. 9.

5 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto, la Corte Constitucional citó un informe general de la Comisión Interamericana “Por un país con derechos pro-

(ii) reiterar que las Fuerzas Militares no deben ser empleadas en la tarea de hacer cumplir la ley, especialmente para la investigación y los arrestos⁶; (iii) definir los alcances del problema de la desaparición forzada⁷ y (iv) constatar que el Estado es el titular de la acción punitiva⁸.

Se destaca de manera especial la sentencia de constitucionalidad C-370 de 2006, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 975 de 2005, ‘Ley de Justicia y Paz’. En este pronunciamiento, la Corte afirmó que “[la] Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha producido informes *precisando los conceptos de justicia, verdad y reparación dentro de procesos de tránsito o restablecimiento de la paz y/o la democracia*. Dentro de ellos se destaca, por su particular relevancia para la presente causa, el “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”, proferido el 13 de diciembre de

puestas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el Perú”. En este documento la Comisión manifestó su preocupación por el juzgamiento de civiles por parte de militares y por las excesivas atribuciones dadas a la policía judicial en la lucha contra el terrorismo.

6 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 once 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Se cita al respecto un Informe Anual de la CIDH: ver OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6 17 febrero 1998 Original: Español Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997.

7 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 10 de mayo de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Al respecto citó el Segundo Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia, elaborado con base en una visita realizada en el mes de mayo de 1992 y el Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1999.

8 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Se cita el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Diciembre 13 de 2004.



2004” (itálicas fuera de texto). Es decir, la Corte aclara que la labor de los informes generales de la CIDH en relación con la labor del Tribunal Constitucional es la de precisar conceptos constitucionales, al margen de la pertenencia de dichos informes al llamado bloque de constitucionalidad. La incorporación entonces puede ser directa a través de la interpretación constitucional.

Informes de Admisibilidad

Los informes de admisibilidad de la CIDH no han sido utilizados hasta el momento por la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de Justicia, por su lado, ha considerado que este tipo de informe proferido por la CIDH no resulta suficiente para incoar una acción de revisión⁹, pues según la Corte Suprema, este informe no satisface el requisito de la constatación al cual se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-004 de 2003 para que prospere la causal de revisión¹⁰. Específicamente, la Sala señaló que:

“[La] aprobación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del informe de admisibilidad aludido no constituye la decisión de una instancia internacional que haya considerado que el Estado colom-

biano incurrió en omisión protuberante de sus obligaciones por no investigar de manera seria e imparcial los hechos relacionados con la muerte del periodista Nelson Carvajal Carvajal, pues la declaración que se exige para la procedibilidad de la acción de revisión es aquella en la cual se determina que el Estado incurrió en la desatención que se le atribuye”¹¹.

Por tanto, el valor de los informes de admisibilidad en relación con el control de constitucionalidad en Colombia hasta el momento no ha sido definido con precisión. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia no los tiene en cuenta para efecto de las acciones de revisión. Esto puede explicarse en el hecho de que los informes de admisibilidad de la CIDH no contienen un análisis sustancial sobre las violaciones a los derechos humanos, sino sólo uno formal acerca de las causales de competencia y admisibilidad.

Informes de Fondo – Recomendaciones

De manera general, podría afirmarse que las recomendaciones de la CIDH no tienen un carácter obligatorio. Esto ha sido sostenido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“A juicio de la Corte, el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención.

9 Según el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, incluso absolutorias “cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.

10 Ver, por ejemplo, República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. 1 de abril de 2009.

11 Ibid. párrafo 7.

En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que este se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado¹².

En sintonía con la CortelDH, la Corte Constitucional ha señalado *in genere*, que las recomendaciones carecen de un efecto vinculante. En sus palabras:

“las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados partes en la Organización Internacional, y en ocasiones, los particulares”¹³ (itálicas fuera del texto).

Para el efecto la propia Corte Constitucional recurrió a la jurisprudencia de la CortelDH en el caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, para señalar que las recomendaciones de la CIDH no son obligatorias para el Estado. Veamos:

“Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculan-

*tes”¹⁴. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto *Caballero Delgado y Santana contra Colombia* estimó que el término ‘recomendaciones’, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”¹⁵. De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas”¹⁶ (Se mantienen citas internas: itálicas fuera del texto).*

De otro lado, la Corte Constitucional en varias ocasiones, con el fin de llenar de contenido los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política, ha utilizado los Informes de Fondo proferidos por la CIDH. Así lo ha hecho, por ejemplo para definir los alcances del fenómeno de la desaparición forzada de personas¹⁷ o el alcance

12 CortelDH. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, No 22. Párr 67.

13 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 10 de julio de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

14 Ver, por ejemplo, M. Merle, “Le pouvoir réglementaire des organisations internationales”, AFDI, 1958, pp. 341 a 360.

15 CortelDH. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, No 22.

16 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 10 de julio de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

17 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 10 de mayo de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Al respecto cita Informe No. 1/92, caso 10.235, Orlando García Villamizar; Pedro Pablo Silva Bejarano; Rodolfo Espitia Rodríguez; Edgar Helmut García Villamizar; Gustavo Campos Guevara; Hernando Ospina Rincón; Rafael Guillermo Prado J., Edilbrando Joya Gómez; Francisco Antonio Medina; Bernardo Helí Acosta Rojas; y, Manuel Darío Acosta Rojas; Informe 3/98, Caso 11.221, Tarcisio Medina Charry; Informe No. 7/00, Caso 10.337, Amparo Tordecilla Trujillo.



de las inspecciones vaginales como medida de seguridad en centros penitenciarios¹⁸.

De especial relevancia resulta la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006, por medio de la cual se despenalizó el aborto bajo ciertas circunstancias. En dicha sentencia, la Corte Constitucional realizó una distinción entre las sentencias de la Corte IDH y las recomendaciones de órganos no judiciales (como la CIDH). Al respecto, afirmó que:

"(...) la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, *con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales*, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente"¹⁹ (itálicas fuera de texto).

18 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

19 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Así, las recomendaciones pueden servir para interpretar los tratados²⁰ pero (i) ni son vinculantes ni (ii) forman parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, aunque no pertenezcan al bloque de constitucionalidad, el efecto de las decisiones de la Corte Constitucional en la práctica puede ser de incorporación directa de estas opiniones internacionales, para lo cual el Tribunal no necesita valerse de la figura del bloque de constitucionalidad.

La Ley 288 de 1996 le dio un valor especial a las recomendaciones de la CIDH. Así, consideró que:

"Art. 1.- El Gobierno Nacional *deberá pagar*, previa realización del trámite de que trata la presente ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos que más adelante se señalan.

Art. 2.- Para los efectos de la presente ley solamente se podrán celebrar conciliaciones o incidentes de liquidación de perjuicios respecto de aquellos casos de violaciones de derechos humanos en relación con los cuales se cumplan los siguientes requisitos:

Que exista una decisión previa, escrita y expresa del comité de derechos humanos del pacto internacional de derechos civiles y políticos o de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca *que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios*.

20 Ver también República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 19 de marzo 2002. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional de derechos humanos, proferido por un comité constituido por: El Ministro del Interior, El Ministro de Relaciones Exteriores, El Ministro de Justicia y del Derecho, y El Ministro de Defensa Nacional” (itálicas fuera de texto).

Como se puede observar, la Ley 288 volvió vinculantes las decisiones de la CIDH, al menos para efectos de las indemnizaciones, siempre que exista concepto previo y favorable del Comité de Ministros que crea la propia ley.

Antes de haberse expedido dicha ley, el Consejo de Estado²¹, a raíz de una consulta realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH²², consideró que en principio el Estado está obligado a cumplir las recomendaciones “dentro del marco de sus leyes internas y preceptos constitucionales”. A su vez afirmó que:

“Sin embargo, respecto de las indemnizaciones que los mencionados informes de la Comisión recomiendan, la Sala considera que, ellas no podrían reconocerse administrativamente, sino mediante sentencias proferidas en procesos de responsabilidad extracontractual, promovidos por las personas damnificadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados

21 Ver República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D.C., 13 de octubre de 1992. Radicación número: 461

22 Al respecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores formuló las siguientes preguntas: 1o. En lo que se refiere a las indemnizaciones recomendadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿dichas sugerencias tienen carácter vinculante para el Estado colombiano? 2o. ¿Cuáles serían las bases y mecanismos legales para satisfacer las reparaciones recomendadas por la Comisión interamericana de Derechos Humanos?”

en el correspondiente proceso. Además, estima que si, en lugar de las recomendaciones de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubiera ordenado pagar, mediante sentencias, las indemnizaciones con carácter compensatorio, de conformidad con el artículo 68, número 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ellas serían obligatorias en Colombia y se podrían ejecutar en el país “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».

Así, el Consejo de Estado dio respuesta a las preguntas formuladas, de la siguiente manera:

“1º) Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en principio, son obligatorias para el Estado colombiano, por haber suscrito y ratificado, sin reservas, la Convención Americana de Derechos Humanos.

“2º) Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse con fundamento en la Constitución y en las leyes del país.

“3º) (...) según el Derecho Colombiano, las indemnizaciones que recomienda la Comisión sólo podrán disponerse mediante sentencias proferidas en los procesos promovidos por las personas interesadas ante los organismos judiciales competentes, o mediante conciliación del Estado con los interesados efectuada en el mismo proceso”²³.

Por tanto, en dicho momento la opinión del Consejo de Estado era que precisamente se requeriría un reconocimiento adicional de los órga-

23 Ver República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D.C., 13 de octubre de 1992. Radicación número: 461



nos internos, con el fin de que las indemnizaciones recomendadas pudieran implementarse en el orden interno. Este fue precisamente el vacío que intentó llenar la Ley 288 de 1996.

Una vez en vigencia dicha Ley, el Consejo de Estado ha aprobado conciliaciones extrajudiciales en aplicación de ésta, ha interpretado de manera más amplia el contenido del concepto de reparación integral en relación con violaciones a los derechos humanos, y ha exceptuado el requisito de la caducidad de dos años para interponer la acción de reparación directa consagrada en el Código Contencioso Administrativo, ya que la Ley 288 de 1996 exceptúa el término de caducidad por el especial carácter de las violaciones²⁴.

De esta manera, el Consejo de Estado ha considerado en el marco de la aprobación de conciliaciones, que las recomendaciones deben ser tenidas en cuenta por parte de los operadores jurídicos, en virtud de la voluntad del Estado de suscribir y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 288 de 1996²⁵. Sin embargo, la jurisdicción contencioso administrativa sólo ha

procedido a validar los acuerdos conciliatorios entre entidades estatales y las víctimas, en la medida en que exista previo concepto del Comité Interministerial creado por la Ley 288²⁶. De esta forma, las recomendaciones de la CIDH cobrarían obligatoriedad en relación con las indemnizaciones (reparación pecuniaria), en tanto dicho Comité de Ministros emita un concepto favorable para su cumplimiento.

A su vez, el Consejo de Estado ha afirmado que la doctrina de la CIDH es una herramienta de interpretación de la Constitución Política de Colombia²⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que:

“(...) tiénese que mientras la Comisión Interamericana es un órgano de protección de los derechos humanos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana es un organismo judicial autónomo del mismo.

Así, en tanto que, la primera emite informes que contienen recomendaciones, la se-

24 Ver, por ejemplo, República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 13 de abril de 2007. Ref.: Expediente No. 68001231500019971342401 (31.409). Actor: María Fredesvinda Echeverri de Isaza y Otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

25 Ver, por ejemplo, República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 22 de febrero de 2007. Ref.: Expediente No. 25000-23-26-000-2000-00662-01(26036). Actor: Jorge Enrique Sánchez Chávez y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Ver también: República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 27 mayo de 2009. Ref.: Expediente No. 19001-23-31-000-3846-01 (R-15186) Acumulado. Actor: María Lucía Muñoz y Otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

26 Ver, por ejemplo, República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., julio 19 de 2007. Ref.: Expediente No. 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639). Actor: María Bertha Juya Vargas y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. En el mismo sentido: República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 19 de noviembre de 2008. Ref.: Expediente No. 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259). Actor: Mario Galvis Gelves y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y Fuerza Aérea.

27 Ver, por ejemplo, República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 13 de abril de 2007. Ref.: Expediente No. 68001231500019971342401 (31.409). Actor: María Fredesvinda Echeverri de Isaza y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

gunda dicta sentencias que son vinculantes para los Estados partes, dado que es la propia Convención la que establece que dichos fallos son "motivados, obligatorios, definitivos e inapelables".

Nada se dice en la Convención, por el contrario, acerca del efecto vinculante de las recomendaciones, si bien se establece que la Comisión estará atenta, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de las medidas que deben adoptar los Estados involucrados, luego del cual evaluará si se tomaron o no las medidas adecuadas y si se publica o no el informe respectivo²⁸.

En este sentido aclara la Corte Suprema de Justicia que:

"En este orden de ideas, es claro que si al término 'recomendación' no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de 'recomendar', el que a su vez, define el Diccionario Larousse, corresponde a 'Aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio', o 'encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa'.

Se trata, entonces, la recomendación, *de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe*, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferen-

te o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado²⁹ (itálicas fuera de texto).

Y por ello, como lo afirma dicha Corte:

"De ahí, entonces, que haya sido necesaria la expedición de una ley con el fin de establecer un mecanismo adecuado para cumplir con las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos que refieren a la indemnización de perjuicios a las víctimas, lo cual, naturalmente, no aplica al caso concreto, al menos en lo que respecta a la recomendación N° 1 del citado Informe 5/06 del 28 de febrero de 2006"³⁰.

Por lo anterior, la Corte Suprema afirma que debe evaluar ella misma que se cumplan todos los presupuestos para que proceda la acción de revisión. Así:

El Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto, acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación, sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso.

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las

28 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008. Ver también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 267. Bogotá, D. C., 17 de septiembre de 2008.

29 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008.

30 Ibid.



garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país³¹ (itálicas fuera de texto).

Recientemente la Corte Suprema de Justicia reiteró que “el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es limitado e insuficiente”³².

Como se verá más adelante, las acciones de revisión emprendidas en virtud de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el contrario, han tenido un efecto plenamente vinculante para la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia ha utilizado también informes de fondo para interpretar las obligaciones en relación con las acciones de revisión. Así, por ejemplo, fue a través de estos informes que definió el concepto de víctima³³.

Informes de solución amistosa

La Corte Suprema de Justicia recientemente estudió la procedencia de una acción de revisión,

31 Ibíd.

32 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 225. Bogotá, D.C., 6 de julio de 2011.

33 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008. Al respecto citó el asunto de Raquel Martín de Mejía vs. Perú, N° 10.970, informe No 5/96

con base únicamente en un informe de solución amistosa aprobado por la CIDH. En sentencia del 2 de agosto de 2011, la Sala Penal reiteró lo expresado en cuanto a la naturaleza y valor jurídico de los informes de la CIDH y sus recomendaciones. Así, reiteró que los Informes de la CIDH y sus recomendaciones no son vinculantes. Sin embargo, abrió la puerta para que la propia Corte Suprema tenga la oportunidad de analizar el caso sometido a revisión desde una perspectiva de derechos humanos, y con base en ello decida la procedencia de la acción de revisión en el caso en concreto, si se evidencia por el Alto Tribunal que se cometieron violaciones protuberantes de los derechos humanos a lo largo del proceso judicial³⁴.

Medidas Cautelares

En sentencias de tutela, la Corte Constitucional ha afirmado que las medidas cautelares son actos jurídicos unilaterales que resultan vinculantes para Colombia y que deben ser cumplidas de buena fe por parte de los operadores.

De esta manera, la Corte Constitucional encuadró las medidas cautelares –dentro de las fuentes del derecho internacional– como actos unilaterales de una Organización Internacional –específicamente de la CIDH–, con unos fines puntales para proteger un derecho humano bajo amenaza. En palabras de la Corte Constitucional:

“Por lo demás, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares sigue siendo la misma, es decir, se trata de *un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que*

34 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 273. Bogotá, D.C., 3 de agosto de 2011. Al respecto citó el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.

adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado. La práctica de la CIDH en la materia muestra además que tales medidas, decretadas por un órgano de naturaleza cuasijurisdiccional, pueden ser adoptadas en el curso de un proceso que se adelante contra un Estado parte o incluso sin que haya sido presentada aún la demanda, es decir, como una especie de medida cautelar previa³⁵ (itálicas fuera del texto).

Ahora bien, en relación con su efecto vinculante, el Tribunal Constitucional las considera incorporadas de manera automática al ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con la doctrina *ius* internacionalista. En consecuencia, consideró la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-558 de 2003:

“que dado que el Estado colombiano es parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH³⁶, que

con el cumplimiento de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas³⁷ (Se mantienen citas internas; itálicas fuera del texto).

Sin embargo, del texto de la Sentencia T-558 no se desprende de manera inequívoca el carácter vinculante de las medidas cautelares, como fuentes de obligaciones para el Estado. Fue con posterioridad, en la sentencia T-524 de 2005, que la Corte Constitucional expresó indiscutiblemente – citando la T-558 de 2003– el carácter vinculante de estos actos unilaterales de la CIDH. En efecto la Corte Constitucional determinó su obligatoriedad fundamentada en cuatro argumentos, veamos:

“La jurisprudencia proferida por esta Corporación ha indicado, entonces, que las medidas cautelares decretadas por la CIDH tienen carácter vinculante en el ordenamiento jurídico interno. Dicha vinculatoriedad se desprende de las siguientes premisas: (i) Colombia hace parte de la Organización de Estados Americanos y es Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973). (ii) La Convención, en tanto tratado de derechos humanos, está incorporada al ordenamiento interno y hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 Superior, inciso primero. (iii) En virtud de los principios generales del Derecho Internacional Público, las medidas cautelares se incorporan

35 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 10 de julio de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

36 Santoscoy, B. (1995). La Comisión Interamericana des Droits de l’Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles. Paris LGDJ, p. 15.

37 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 10 de julio de 2003. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.



de manera automática al ordenamiento jurídico interno. (iv) Según lo estipulado por los artículos 1º y 2º de la Convención Americana, los Estados partes asumen el compromiso de 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio' a toda persona sujeta a su jurisdicción, así como a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos"³⁸ (itálicas fuera del texto).

Esta posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional con posterioridad³⁹, y parece fundirse como la doctrina probable del Tribunal en relación con el valor jurídico de las medidas cautelares.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Decisiones contra Colombia

Con toda contundencia, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado⁴⁰ y la Corte Suprema de Justicia⁴¹ han afirmado, con sustento

38 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-524 de 20 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

39 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 15 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

40 Ver, por ejemplo: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D.C., 13 de octubre de 1992. Radicación número: 461

41 Ver, por ejemplo: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 225. Bogotá, D.C., 6 de julio de 2011. Ver también: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.

en el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que las sentencias de este Tribunal Internacional son obligatorias para Colombia y sus órdenes son vinculantes para el Estado.

Ahora bien, en relación con recursos internos para hacer cumplir esas sentencias⁴², resulta interesante un pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el cual, en respuesta a una acción de tutela interpuesta con el fin de conminar al Estado a cumplir una de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana en el caso de las *Masacres de Ituango*, el Tribunal afirmó que no tiene competencia para ordenar a las entidades cumplir con este tipo de fallos, pues la competente es la propia Corte Interamericana, a través de sus Resoluciones de cumplimiento de sentencias internacionales⁴³.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha revisado causas de acción de revisión, sobre la base de fallos contenciosos de la Corte Interamericana, de acuerdo con las prescripciones legales para la procedencia de este recurso

Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008. Ver también: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 267. Bogotá, D. C., 17 de septiembre de 2008.

42 Para mayor profundidad sobre los recursos internos que pueden ser utilizados para hacer cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver, ACOSTA, Juana Inés y LONDOÑO, María Carmelina. Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. en: La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vol. VI. Universidad Autónoma de México; y ACOSTA, Juana Inés y LONDOÑO, María Carmelina. El papel de la justicia nacional en la garantía del derecho a un recurso efectivo internacional. En: revista *International Law*. Número 16.

43 República de Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Sala de Decisión Penal. Sentencia de tutela del treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009). Accionante: María Victoria Fallón. Accionado: Ministerio de Relaciones Exteriores y Oficina Presidencial para la Acción Social.

extraordinario, las cuales prevén su procedencia – entre otros- en tanto exista una decisión de fondo de un órgano internacional de protección de los derechos humanos al cual le haya otorgado competencia el Estado, en el cual se declare la responsabilidad de éste por violaciones a los derechos humanos. En algunas ocasiones esta acción ha procedido⁴⁴ con base en dicha causal, y en otras no. En particular ha sostenido que el informe de admisibilidad, como se analizó, es insuficiente para la procedencia de la acción de revisión, toda vez que no es una decisión de fondo, y por lo tanto ha tenido que sustentar la decisión de revisión sobre otras causales legales, como por ejemplo la aparición de prueba sobreviniente⁴⁵.

Jurisprudencia respecto de otros países

La Corte Constitucional, ha afirmado en varias de sus sentencias, en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

“la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante

la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, *constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*”⁴⁶ (subrayas fuera de texto).

Al respecto, ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos, entre otros, de (i) mostrar que la posibilidad de los Estados de mantener la seguridad tiene sus límites en los derechos fundamentales⁴⁷; (ii) mostrar los alcances del fenómeno de la desaparición forzada en relación con las graves violaciones a los derechos humanos, aunque resaltando que Colombia tiene una legislación de vanguardia sobre este

44 Ver, por ejemplo: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 225. Bogotá, D.C., 6 de julio de 2011. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008. En este caso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sustentó su decisión en la sentencia de la Corte IDH en el Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

45 Ver, por ejemplo: República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 74. Bogotá, D.C., 11 de marzo de 2009. En este asunto la Procuraduría General de la Nación alegó como argumento para la procedencia de la acción de revisión el trámite de la petición 12.573 Marino López (Operación Génesis), ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desechó tal argumento, en tanto que dicha petición carecía de pronunciamiento de fondo por parte de la CIDH, al momento de fallar la demanda de revisión. Empero, encontró merito para la revisión, sobre la base de prueba nueva.

46 Ver, entre otras, República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 010 de 19 de enero de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 11 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández; República de Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-1319 diciembre 7 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes, y, República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

47 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. La Corte Constitucional citó para ello a la Corte Interamericana en los siguientes casos: Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 165. Criterio reiterado en el caso Godínez Cruz. Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 174 y en el caso Neira Alegria y otros. Sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 75.



tema⁴⁸; (iii) explicar el alcance de la garantía de derecho que le asiste al acusado de interrogar directamente a los testigos de cargo, en tanto que es elemento fundamental del derecho al debido proceso penal⁴⁹; (iv) llenar de contenido el alcance del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política⁵⁰; (v) incorporar como uno de los fines de la actividad jurisdiccional el derecho a la verdad y la reparación⁵¹ a favor de la víctimas y sus familiares⁵²; (vi) analizar el alcance de la figura del *non bis in idem*

contenida en el artículo 8 de la Ley 599 de 2000⁵³; (vii) analizar el alcance del acceso a la justicia y el deber de investigar de oficio las graves violaciones a los derechos humanos⁵⁴; (viii) establecer que no pueden suspenderse las obligaciones internacionales mientras se adelanta un proceso de paz⁵⁵ y (vii) explicar la importancia de la interpretación evolutiva de los tratados internacionales⁵⁶.

De especial relevancia resulta la sentencia C-370 de 2006, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 975 de 2005 “Ley de Justicia y Paz”. En dicha sentencia, la Corte utilizó numerosa jurisprudencia de la Corte Interamericana y afirmó que los pronunciamientos de este Tribunal Internacional “contienen la *interpretación autorizada* de las obligaciones internacionales del Estado en materia

48 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 317 de dos (2) de mayo de dos mil dos (2002). Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto se citan las sentencias de Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, y, Caso Godínez Cruz. Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5. Ver también República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-473 de diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005). Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, donde se citaron los casos: CortelDH. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, No 22; Caso Las Palmeras. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 90; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, y Caso de la Masacre de Mapiripán. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

49 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 12 de julio de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Citó CortelDH. Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

50 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-679 de 30 de junio de 2005. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte Constitucional sustentó el análisis de la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, sobre las consideraciones de la CortelDH en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso La Última Tentación de Cristo. Sentencia del 5 de febrero de 2005. Serie C, No. 73.

51 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-935 de 23 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Se cita el asunto de Moiwana c. Suriname.

52 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia No. T-275 de 15 de junio de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En este sentencia de tutela, la Corte Constitucional hace referencia al derecho a la verdad como reconocido por la CortelDH dentro de las garantías de justicia, sin embargo no refiere una providencia en particular.

53 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-554 de 30 de mayo de 2001. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Para el efecto la Corte Constitucional refiere las sentencias: Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, y, Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

54 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-935 de 23 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Se citan los siguientes asuntos: Hermanas Serrano Cruz; 19 Comerciantes; Myrna Mack; Comunidad Moiwana; Hermanos Gómez Paquiyauri.

55 *Ibíd.* se cita el asunto de Mapiripán c. Colombia.

56 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Se citan los siguientes asuntos: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

de verdad, justicia y reparación⁵⁷ (itálicas fuera de texto). A su vez, en la misma sentencia se afirma que las sentencias de la CorteIDH son “fuente de Derecho Internacional *vinculante para Colombia*, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (itálicas fuera de texto). Esta misma sentencia utiliza la jurisprudencia de la Corte Interamericana para precisar el alcance de la participación de la víctima en los procesos penales, el concepto de plazo razonable y el concepto de víctimas directas e indirectas⁵⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado es de la misma opinión de la Corte Constitucional en relación con el valor de la jurisprudencia de la CorteIDH. Al respecto, ha afirmado que:

“Con fundamento en la anterior disposición constitucional y en atención a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, y la Comisión Interamericana, mediante sus recomendaciones, *interpretan y desarrollan los contenidos de la Convención Americana de Derechos Humanos*, los lineamientos que se trazan en dichos fallos y recomendaciones deben ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte⁵⁹ (itálicas fuera de texto).

57 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Sección 4.2.5

58 Cita por ejemplo los siguientes casos de la Corte IDH: *Caso de la Masacre de Mapiripán. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, y; *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

59 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 13 de abril

En este sentido, por ejemplo, el Consejo de Estado ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana para interpretar el alcance de la indemnización por daños causados por masacres y atentados terroristas para pagar tipos de daños como el “daño al proyecto de vida⁶⁰”.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁶¹, en relación con conciliaciones extrajudiciales celebradas en casos que a su vez han sido conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que (i) las decisiones de la CIDH sólo son vinculantes a través de la Ley 288 de 1996; (ii) cuando hay sentencia de la CorteIDH no se aplica la Ley 288 de 1996; (iii) en casos en que ya haya sentencia de la CorteIDH que indemnice a los mismos familiares que conciliaron, es la sentencia de lo contencioso administrativo la que debe decir si tiene efectos de cosa juzgada internacional o si se pueden seguir ambos procesos paralelamente y por eso no se puede aprobar la conciliación.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia, al decidir sobre la procedencia de acciones de revisión como consecuencia de informes de fondo proferidos por la CIDH o sentencias proferidas por la CorteIDH, ha utilizado la jurisprudencia del Tri-

de 2007. Ref.: Expediente No. 68001231500019971342401 (31.409). Actor: María Fredesvinda Echeverri de Isaza y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

60 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 13 de abril de 2007. Ref.: Expediente No. 68001231500019971342401 (31.409). Actor: María Fredesvinda Echeverri de Isaza y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Al respecto, citó la sentencia de Loayza Tamayo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

61 República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D. C., 16 de mayo de 2007. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273). Actor: Roberto Zuleta Arango y otros. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Referencia: Aprobación de acuerdo conciliatorio judicial.



bunal Internacional por ejemplo, para explicar los alcances restrictivos de la justicia penal militar⁶².

A diferencia de las recomendaciones de la CIDH, frente a las sentencias de la Corte Interamericana la Corte Suprema de Justicia sí los considera inmediatamente vinculantes y sólo le quedaría la competencia de calificar las conductas, así:

“En tales condiciones, lo inobjetable, lo que debe cumplirse sin posibilidad de oponer argumentos en contra es la orden que la autoridad competente investigue efectivamente los hechos, para identificar y juzgar a los responsables.

Sin embargo, debe quedar en claro que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* declaró la responsabilidad del Estado únicamente, en los términos antes vistos. *La tipificación de las conductas punibles, su calificación circunstanciada y la individualización de los autores y partícipes es, precisamente, lo que corresponde a la autoridad nacional competente, vale decir, investigar a la Fiscalía General de la Nación y, si a ello hubiere lugar, adelantar la etapa del juzgamiento a los jueces de la jurisdicción penal común que resultaren competentes, como así se dispuso en la sentencia de la pluricitada instancia internacional*”⁶³ (itálicas fuera de texto).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha exceptuado la aplicación del término de prescripción de la acción penal, pues así lo ordenó la

CorteIDH⁶⁴ y recientemente ha interpretado que la acción de revisión tiene efectos incluso frente a procesos que concluyeron antes de la entrada en vigor de la nueva causal de revisión en relación con sentencias internacionales, con base en una interpretación que hace vinculante el bloque de constitucionalidad, independientemente de la existencia de la causal de revisión en la ley⁶⁵.

La posición de los Altos Tribunales en Colombia es concordante con la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, en relación con la teoría del “control de convencionalidad”, la cual, según la propia jurisprudencia internacional implica que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

64 Ibid.

62 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., 6 de marzo de 2008. Al respecto, citó: CortelDH. *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

63 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 267. Bogotá, D. C., 17 de septiembre de 2008.

65 República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 225. Bogotá, D.C., 6 de julio de 2011. “De modo que, en tales condiciones no queda difícil concluir que la Convención Americana de Derechos Humanos integra lo que se conoce como Bloque de Constitucionalidad, y por ende, que las disposiciones que la crean resultan obligatorias en el ámbito interno colombiano; además, que *sus estatutos se encontraban vigentes para la fecha en que ocurrieron los hechos materia de investigación y juzgamiento en el fenecido proceso cuya revisión se pretende por parte de la Fiscalía*” (itálicas fuera de texto).

concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial *debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*⁶⁶ (itálicas fuera de texto).

Así, la propia Corte Interamericana ha considerado que a los Estados los vincula no sólo el tratado (la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por medio de la cual se interpretan las disposiciones de este tratado.

De hecho, la propia Corte Interamericana ha resaltado a Colombia como uno de los Estados que ha incorporado a través de sus órganos judiciales la figura del control de convencionalidad⁶⁷.

Es importante anotar que las altas cortes no distinguen el valor jurídico de las decisiones de la CorteIDH contra Colombia, del de las decisiones del Tribunal Internacional contra otros países. Tampoco distinguen entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta* de las decisiones internacionales. Los problemas de esta ausencia de distinción merecen un análisis más profundo, el cual no puede ser abordado en el presente texto por razones de espacio, pero que será abordado en una futura investigación.

Opiniones consultivas

La Corte Constitucional en varias ocasiones, con el fin de llenar de contenido los derechos

fundamentales reconocidos por la Constitución Política, ha utilizado las opiniones consultivas proferidas por la CorteIDH. Al respecto, en dichas providencias no ha distinguido la naturaleza jurídica de las opiniones de la de las sentencias, para realizar el ejercicio de interpretación. Así lo ha hecho, por ejemplo para (i) interpretar los alcances y restricciones del derecho a la libertad de expresión y afirmar que las limitaciones a la libertad de prensa se encuentran sometidas a un control de constitucionalidad muy estricto⁶⁸; (ii) dejar claro que las referencias genéricas al orden público y al bien común no justifican en sí mismas la limitación de un derecho⁶⁹; (iii) explicar la importancia del recurso de *habeas corpus* para la protección de la integridad de la persona⁷⁰; (iii) fijar el alcance de las obligaciones estatales respecto de los derechos de los niños y niñas⁷¹ y (iv)

68 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 010 de 19 de enero de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Utilizó para el efecto: CorteIDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* opinión consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

69 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. La Corte Constitucional citó para ello a la Corte Interamericana en los siguientes asuntos: CorteIDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* opinión consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5. párrs. 66-67. Criterio reiterado en opinión consultiva O-C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 31. Asimismo, en la sentencia T-679 de treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005). Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte Constitucional refirió la opinión consultiva 5, al igual que en su fallo C-650 del 05 de agosto de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

70 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 once (11) de abril de dos mil dos (2002). Magistrados Ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto, la Corte Constitucional cita la decisión: *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* opinión consultiva OC-8 del 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.

71 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 13 de julio de 2006. Magistrado Ponente: Marco

66 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 124.

67 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. Párr. 222 y 223.



reiterar la interpretación evolutiva de los tratados internacionales⁷².

Medidas Provisionales

La Corte Constitucional afirmó, mediante el Auto 005 de 2009 que las medidas provisionales son obligatorias para Colombia. Incluso se abrogó en dicho auto la competencia para ordenar al Estado cumplir con las órdenes dadas por la Corte Interamericana. Así, afirmó que:

“La Corte Constitucional, en consideración a los informes de la Procuraduría General de la Nación y de las diversas organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como de las organizaciones de población afrocolombiana que han documentado las amenazas, persecuciones, seguimientos, tentativas de homicidio, irrespeto por los símbolos y manifestaciones culturales de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó, y que muestran que las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no han sido acatadas en su integridad por el Estado colombiano, *reiterará que tales medidas son vinculantes y deben ser acatadas*. En consecuencia, la Corte Constitucional *ordenará al Gobierno Nacional que adopte sin dilaciones las medidas decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en las Resoluciones del 6 de marzo de 2003, 7 de noviembre de

2004, 15 de marzo de 2005 y 7 de febrero de 2006⁷³ (itálicas fuera de texto).

En este sentido, las resoluciones de medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana tendrían el mismo grado de obligatoriedad que sus sentencias, pues Colombia debe cumplir las órdenes que se presenten en este marco.

EN SUMA

Los actos unilaterales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su mayoría, no son considerados como obligatorios por las altas cortes en Colombia, salvo (i) las recomendaciones de los informes de fondo de la CIDH cuando el Comité de Ministros de la Ley 288 de 1996 ha dado concepto previo y favorable a dichas recomendaciones y (ii) las solicitudes de medidas cautelares, que sí son consideradas como vinculantes por la Corte Constitucional. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha utilizado los distintos informes de la CIDH en múltiples oportunidades para interpretar los alcances de los derechos contenidos en la Constitución Política de Colombia.

Los actos unilaterales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su mayoría son considerados como obligatorios por las altas cortes en Colombia. Así, tanto las sentencias contra Colombia como las medidas provisionales son vinculantes para el Estado. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es considerada una extensión del bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional de Colombia, por ser la CortelDH la intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que indudablemente pertenece al bloque de constitucionalidad. Por su lado, las opiniones

Gerardo Monroy Cabra. En ella la Corte analizó el alcance de los derechos de la niñez, con base en lo expresado por la CortelDH en: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. opinión consultiva No. OC-17 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17.

72 República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. En esta fallo la Corte constitucional cita: Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. opinión consultiva OC-16 de 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16.

73 República de Colombia. Corte Constitucional. Auto 005 de 26 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Párr 167.

consultivas de la Corte son fuente de interpretación para llenar de contenido los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia.

En cuanto a la competencia para hacer seguimiento y ordenar el cumplimiento de decisiones de los órganos internacionales, han existido las siguientes tres posiciones: (i) La Corte Constitucional se ha abrogado la competencia para ordenar al Estado que cumpla con las Resoluciones de Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; (ii) La Corte Constitucional ha afirmado que no puede ordenar en estricto sentido el cumplimiento de medidas cautelares por vía de acción de tutela, pero si el beneficiario de las medidas encuentra amenazado un derecho fundamental y esta situación coincide con la que fue la causa para la adopción de medidas cautelares, la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales constitucionales, instando indirectamente al cumplimiento de la medida cautelar y (iii) una providencia de tutela muy reciente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia afirmó que los jueces internos no son competentes para obligar a las entidades del orden nacional a cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues eso le corresponde por competencia al Tribunal Internacional.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el valor vinculante de las sentencias de la CortelDH para efecto de admitir acciones de revisión, de acuerdo con la ley penal. Sin embargo, en relación con los informes de fondo de la Comisión Interamericana, ha afirmado que éstos sirven para activar la revisión, pero que en todo caso la Corte Suprema tiene que volver a examinar que se cumplan los presupuestos legales para que proceda la acción, pues las recomendaciones de la CIDH no son vinculantes ni obligatorias. Por último, en relación con informes de admisibilidad, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que éstos no son suficiente

fundamento para activar la acción de revisión. En dichos casos, tendría que buscarse una causal distinta para la procedencia de esta acción.

El Consejo de Estado ha tomado en cuenta las recomendaciones de la CIDH, a través de la aplicación de la Ley 288 de 1996, para aprobar conciliaciones extrajudiciales. A su vez, ha considerado que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen cosa juzgada internacional. Por último, ha utilizado la jurisprudencia internacional para definir el concepto de reparación integral, y ha adoptado para estos efectos como criterio interpretativo las sentencias de la CortelDH.

CONCLUSIONES: MÁS ALLÁ DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El diálogo entre los tribunales nacionales y la doctrina y jurisprudencia de instancias internacionales es cada vez más frecuente y abarca no solamente los tratados de derechos humanos, los cuales se incorporan a través del bloque de constitucionalidad, sino también la jurisprudencia de las Cortes internacionales e incluso la doctrina de otras instancias internacionales no judiciales.

Para el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este es un ejercicio que va mucho más allá del bloque de constitucionalidad: la incorporación directa de la jurisprudencia de la CortelDH, reconocida por la Corte Constitucional como fuente *vinculante* para Colombia, se aleja cada vez más de la tradicional concepción de las decisiones judiciales internacionales como simples criterios *auxiliares* de interpretación, para adquirir un valor directamente vinculante como fuentes de interpretación autorizada de los tratados. La jurisprudencia internacional de derechos humanos comienza entonces a representar una especie de *extensión* del texto del tratado internacional.



Aún más interesante resulta la incorporación directa de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuente de interpretación directa de la Constitución. En este caso, las decisiones de las altas cortes no se detienen en el análisis de la herramienta de incorporación, sino que interpretan directamente la Constitución y otras normas nacionales, a la luz de las opiniones de esta instancia político-diplomática internacional. Así, la línea que separa el derecho nacional del internacional depende exclusivamente de la interpretación del juez en el caso concreto, y no de la tradicional separación de las normas como de *hard law* o *soft law*, línea que cada vez se difumina más.

En opinión de los autores, estos ejercicios de interpretación implican que el bloque de constitucionalidad pierde su papel central como única herramienta para la incorporación de las fuentes internacionales que protegen los derechos humanos, para ser acompañada de figuras tales como las del control de convencionalidad, que tienen un alcance mucho mayor al propio bloque.

Estas dinámicas, por supuesto, no dejan de estar acompañadas de retos e interrogantes que deben seguir siendo estudiados y analizados a profundidad por la academia. La seguridad jurídica ya no reside en el texto de las normas nacionales y de los tratados internacionales. Estos textos pueden adquirir formas y contenidos distintos a través de la interpretación constitucional, la cual acude constantemente a la opinión de instancias internacionales. Los criterios para la incorporación de ciertos conceptos y no de otros, sin embargo, debería ser explorada con más cuidado.

Una de las lecciones quizá más importantes de todo esto reside en el papel central que debe tener el estudio del derecho internacional, y especialmente del derecho internacional de los derechos humanos en las escuelas de derecho. Hoy

un abogado debe conocer las fuentes del derecho internacional. No sólo los tratados, sino la jurisprudencia de los tribunales internacionales. No basta pues con el conocimiento de las normas y la jurisprudencia nacional. El contenido de la norma que hoy litiga un abogado puede variar a partir de este diálogo con las instancias internacionales. De manera pues que los currículos deben estar pensados para adecuarse a estas dinámicas del derecho y los abogados y abogadas preparados para enfrentarlas y si es del caso, controvertirlas.

REFERENCIAS

Acosta, J. I. y Londoño, M. C. (2010). Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Vol. VI. Universidad Autónoma de México.

Acosta, J. I. y Londoño, M. C. El papel de la justicia nacional en la garantía del derecho a un recurso efectivo internacional. *International Law*, Número 16.

Amaya, A. F. (2005, junio). El principio prohomine: interpretación extensiva vs. el consentimiento de los Estados. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 5, pp. 237-380.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Humberto Mora Osejo. Bogotá, D.C., 13 de octubre de 1992. Radicación número: 461

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 22 de febrero de 2007. Ref.: Expediente No. 25000-23-26-

000-2000-00662-01(26036). Actor: Jorge Enrique Sánchez Chávez y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 13 de abril de 2007. Ref.: Expediente No. 68001231500019971342401 (31.409). Actor: María Fredesvinda Echeverri de Isaza y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D. C., 16 de mayo de 2007. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273). Actor: Roberto Zuleta Arango y otros. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Referencia: Aprobación de acuerdo conciliatorio judicial.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., julio 19 de 2007. Ref.: Expediente No. 15001-23-31-000-1995-05734-01(17639). Actor: María Bertha Juya Vargas y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 19 de noviembre de 2008. Ref.: Expediente No. 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259). Actor: Mario Galvis Gelves y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y Fuerza Aérea.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., 27 de mayo de 2009. Ref.: Expediente No. 19001-23-31-000-3846-01 (R-15186) Acumulado. Actor: María

Lucía Muñoz y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Corte Constitucional, auto 005 de 26 de enero de 2009 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, sentencia C- 317 de 2 de mayo de 2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia C-010 de 19 de enero de 2000 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, sentencia C-200 de 19 de marzo de 2002 (MP: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional, sentencia C-251 de 11 de abril de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006 (MP: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia C-473 de 10 de mayo de 2005 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, sentencia C-537 de 12 de julio de 2006 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional, sentencia C-554 de 30 de mayo de 2001 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia C-650 de 5 de agosto de ²⁰⁰³ (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional, sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa).



Corte Constitucional, sentencia C-935 de 23 de noviembre de 2010 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 7 de mayo de 2001 (MP: Rodrigo Uprimny Yepes).

Corte Constitucional, sentencia T-275 de 15 de junio de 1994 (MP: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional, sentencia T-327 de 15 de abril de 2004 (MP: Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional, sentencia T-524 de 20 de mayo de 2005 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional, sentencia T-551 de 13 de julio de 2006 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional, sentencia T-558 de 10 de julio de 2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sentencia T-679 de 30 de junio de 2005 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana*. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, No 22.

Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Aprobado Acta N° 52. Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 267. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Aprobado Acta N° 74. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil nueve (2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Primero (1) de abril de dos mil nueve (2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 225. Bogotá, D.C., seis de julio de dos mil once.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado Acta N° 273. Bogotá, D.C., tres de agosto de dos mil once.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Sala de Decisión Penal. Sentencia de tutela del 30 de septiembre de 2009. Accionante: María Victoria Fallón. Accionado: Ministerio de Relaciones Exteriores y Oficina Presidencial para la Acción Social.

Uprimny, R. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*". Recuperado en: www.dejusticia.org.



• CAPÍTULO VI •

MODELO DE ESTADO

■ ■ ■ ■ ■ ■ Cómo superar el complejo de ilegitimidad

■ ■ ■ ■ ■ ■ El Congreso en Colombia

■ ■ ■ ■ ■ ■ La concepción territorial,
su ordenamiento y organización

Lucas S. Grosman

Profesor y director del Departamento de Derecho y de la carrera de Abogacía de la Universidad de San Andrés. Es abogado por la Universidad de Buenos Aires (1996) y Master of Laws (LL.M., 2000) y Doctor in the Science of Law (J.S.D., 2006) por Yale University. Fue tutor in law en Yale Law School, Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2001 a 2003) y trabajó como abogado en el estudio Le Pera & Lessa. Sus áreas de investigación son teoría constitucional, filosofía del derecho y defensa de la competencia. En su tesis doctoral en Yale University analizó la relación entre los derechos sociales y la escasez de recursos. Esta tesis se publicó en Argentina bajo el título Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución (Librería, 2008)



Cómo superar el complejo de ilegitimidad

Por: Lucas S. Grosman

INTRODUCCIÓN

La sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana constituye un hito dentro del concierto de decisiones que, especialmente en países en desarrollo, intentan abordar situaciones en las que el gobierno no parece estar a la altura de las exigencias legales y constitucionales en materia de política social. Esta sentencia nos permite reflexionar como pocas sobre el papel que deben adoptar las cortes frente al gobierno en el contexto de regímenes republicanos en los que se espera que los responsables de diseñar e implementar tales políticas sean, eminentemente, los poderes políticos.

A la hora de señalar qué es lo que resulta distintivo de la sentencia T-025, se ha puesto énfasis en que ella lidia con un caso estructural, que como tal estaría marcado por: “1) una situación de fracaso generalizado de las políticas públicas y de violación reiterada y masiva de derechos, y 2) un bloqueo del proceso político o institucional que parece inmune a los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas” (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 40).

En este trabajo me interesa apuntar a un aspecto distinto: sentencias como la T-025 nos enfrentan como pocas al problema de la escasez de recursos. Por esa razón, no es sorprendente que

arrecien los cuestionamientos vinculados con su impacto en la división de poderes.

A quienes estén familiarizados con la evolución de los debates sobre la naturaleza de los derechos sociales *vis à vis* los civiles y políticos mi propuesta podrá parecerles pasada de moda. En efecto, si bien durante años era habitual distinguir a los derechos sociales, como los involucrados en el caso de los desplazados, sobre la base de su costo, tal postura ya no resulta predominante en la doctrina ni —al menos de la boca para afuera— en la jurisprudencia.

Como dicen Stephen Holmes y Cass Sunstein (1999), todos los derechos son caros, no solamente los sociales. Todos los derechos dependen de una asignación presupuestaria, pues sin una policía que cuide de mi propiedad de poco vale que un texto legal me reconozca un derecho de señorío sobre mis bienes. Sin un presupuesto que financie su protección, ningún derecho vale más que el papel en el que está escrito. Un derecho sin dientes no es derecho, y los dientes cuestan caros.

La misma línea argumental venía siendo defendida por juristas identificados con el activismo por los derechos sociales, en muchos casos desde organismos internacionales del sistema de las Naciones Unidas, como por ejemplo Eide (1984) y Van Hoof (1984). La idea, en definitiva, es que

su costo no es lo que distingue a los derechos sociales de los más tradicionales derechos civiles y políticos.

Creo que tal argumento refleja una verdad insoslayable, pero deja poco espacio para realizar distinciones relevantes. En tal sentido, vale la pena traer a colación las palabras Philip Alston, primer *Rapporteur* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego Director de dicho comité:

«Entre todos los problemas institucionales que nos aquejan a nosotros, los defensores de los derechos sociales y económicos, la pared más importante con la que nos topamos es nuestra propia negación de las diferencias genuinas entre [los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro]» (Harvard Law School Human Rights Program, 1995, p. 37).¹

El análisis de la justiciabilidad de los derechos sociales se ha visto dominado por un activismo acaso demasiado preocupado por refutar a quienes insistían en considerar a los derechos sociales como derechos de segunda —no de segunda generación, sino de segunda categoría—. Como dice Alston, debemos reconocer que existen genuinas diferencias. Estas diferencias no radican en que unos derechos sean más caros que otros, sino en que en algunos casos la escasez de recursos es más relevante para la decisión judicial. La pregunta no es si un derecho, cualquiera que éste sea, involucra cuestiones presupuestarias —ya que todos lo hacen—, sino en qué medida tales cuestiones constituyen un aspecto sobre el cual la Corte debe pronunciarse para hacer efectivo el derecho en cuestión. Desde esta óptica, según desarrollaré a continuación, casos como el de los desplazados pueden distinguirse sobre la base de que ellos obli-

gan a las cortes a lidiar con la escasez de la manera más frontal e insoslayable. Esta circunstancia impacta en la definición de las consideraciones necesarias para juzgar si su actuación se corresponde con los límites, pero también con los deberes, que la Constitución impone a los poderes del Estado.

En este sentido, se ha dicho que los estudios en la materia se han centrado en la cuestión de fondo, los derechos, en desmedro de la cuestión de los remedios (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). A esto se lo ha llamado, críticamente, el “esencialismo de los derechos”. Aunque concuerdo con que la cuestión de los remedios no ha sido tratada tradicionalmente con la atención que merece, no creo que la cuestión de fondo, esto es, la de los derechos, sí lo haya sido. En particular, no creo que se haya puesto suficiente atención en el desarrollo de un marco teórico que dé cuenta de la relación entre los derechos sociales y la escasez de recursos. La cuestión de los remedios no puede tratarse con independencia de este problema, y sólo una vez que tengamos claro qué es razonable exigirle al Estado cuando el presupuesto no alcanza, tendrá sentido analizar el remedio más idóneo para que esa exigencia se traduzca en políticas públicas eficaces.

LAS CORTES FRENTE

A LA ESCASEZ: TRES TIPOS DE CASOS

Según he desarrollado en otro lado (Grosman, 2008), desde el punto de vista de la escasez de recursos y su relación con la satisfacción de necesidades sociales, debemos distinguir tres tipos de casos, cada uno de los cuales implica un paradigma de control judicial distinto.

Las cortes frente al abuso

En un primer tipo de caso, los jueces se enfrentan a situaciones en las cuales la necesidad

1 Traducido por el autor.



de una prestación social obedece a acciones del propio Estado. Es decir, se trata de afectaciones a los derechos que existen porque existe el Estado, y que desaparecerían si éste desapareciera. Frente a tales abusos, el Estado no puede alegar falta de recursos, pues son sus propias acciones las que atropellan derechos, y por ende depende plenamente de él que el atropello cese.

Son típicos casos de esta categoría aquellos que involucran cuestiones tales como la tortura policial, los allanamientos ilegales, las violaciones de correspondencia, etc. En todos ellos, mal podría el Estado argumentar que la razón por la cual sus agentes abusan de los derechos es que están mal pagados, o que no alcanza el dinero para supervisar su accionar o mejorar su entrenamiento. Esto, en el mejor de los casos, servirá como explicación, pero nunca como justificación. Cualquier defensa de esa naturaleza, en este tipo de casos, debe ser rechazada sin más por las cortes.

Permítaseme ilustrar el punto de la siguiente manera: la falta de recursos podría potencialmente justificar (y no sólo explicar) que los bomberos no logren apagar un incendio; pero la escasez jamás podría justificar que los bomberos causaran un incendio. Es esta sencilla distinción la que pretendo capturar. En ciertos casos, identificados como aquellos en los que el Estado por su propia mano abusa de los derechos, la defensa basada en la escasez de recursos no tiene ninguna cabida. De esto no se sigue que en los otros necesariamente la tenga; pero espero que quede claro que el análisis es otro y que, potencialmente, podría tener un resultado distinto.

Si bien los derechos sociales típicamente no se ven violados por acción del Estado, sino por omisión,² en algunos casos encontraremos que la

2 En ocasiones se plantea que un Estado que contamina viola el derecho a la salud (por ejemplo, Van Hoof, 1984; Abramovich y Courtis, 2002). Aunque tal afirmación no parece

lógica descripta para esta primera categoría también se les aplica. Esto es lo que ocurre cuando se discute, por ejemplo, la extensión de la obligación estatal de mantener en condiciones dignas a los presos, que aunque técnicamente no suela ser tratada como una cuestión de derechos sociales, involucra prestaciones típicas de ellos, como lo es la provisión de servicios que permitan llevar adelante una vida en condiciones dignas. En este sentido, aunque el Estado tiene derecho de privar de su libertad a los individuos en ciertos casos, no puede hacerlo en condiciones tales que la detención se convierta en un trato inhumano, acaso una forma de tortura.

Lo anterior no parece muy polémico, pero la pregunta es qué ocurre cuando la desatención de los presidiarios obedece a restricciones presupuestarias, como suele ser el caso. Por lo dicho anteriormente, entiendo que en estos casos los jueces no deben aceptar la defensa del Estado basada en la escasez de recursos. Es el mismo Estado el que ha puesto a la persona en una situación en la que no puede autoabastecerse, y en consecuencia tiene la carga de garantizarle condiciones dignas de vida en prisión³.

descabellada, su utilidad conceptual es discutible, ya que la realidad es que derechos tradicionales como el derecho a la vida o la integridad corporal permiten lidiar adecuadamente con ese problema. Más aún, según explico en Grosman (2008), la estrategia de afirmar que en estos casos se está violando el derecho a la salud es de dudosa conveniencia si lo que se quiere, en el fondo, es abogar por la justiciabilidad de los aspectos positivos del derecho a la salud, esto es, aquellos que dependen de acciones y no omisiones estatales.

3 El marco conceptual que propongo para encarar los casos relativos a condiciones de prisión (y que desarrollo en Grosman, 2008) fue adoptado en un caso sobre dicha materia por el Tribunal de Justicia del Estado de Rondonia, 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho, Brasil, en autos n. 001.2000.012739-7 1, 13 de abril de 2009. Recuperado en <http://direitoemdebate.net/index.php/sentencas/1428-estado-e-condenado-a-reformar-unidades-prisionais-e-contratar-agentes-penitenciarios>.

La misma lógica siguió la Corte Suprema de Estados Unidos para exigir que el Estado pague un abogado a los acusados que carecían de recursos propios para hacerlo. Según argumentó la Corte, es el Estado quien acusa al individuo, y a tal fin gasta “vastass sumas de dinero”⁴. La idea es que el Estado no podría ampararse en la escasez de recursos para justificar la falta de provisión de un abogado, ya que es el propio Estado el que pone en riesgo la libertad del individuo.

Más aún, en estos casos la escasez de recursos es contingente del modo en que el Estado ha encarado su política de encarcelamiento. Nada obliga al Estado a tener más presos de los que puede alojar, alimentar y curar en condiciones dignas. De hecho, su obligación es precisamente la opuesta: no tener más presos de los que puede mantener dignamente. Si no cumple con esta obligación, el Estado está abusando de su poder en desmedro de los derechos de los individuos. Es posible que la falta de recursos sea la razón detrás del abuso, pero ella no es una defensa admisible frente a este tipo de conducta estatal.

Al paradigma de control judicial que rige la actuación de las cortes en estos casos lo llamaré “paradigma del abuso”⁵. Según explicaré más adelante, lo dicho en relación a este paradigma, y en particular respecto de las condiciones dignas de detención, servirá para evaluar el caso “Verbitsky”⁶, que distintos autores, como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010), asimilan al caso de los desplazados, en tanto involucra dinámicas estructurales. Rechazaré esta asimilación y las implicancias que de ella se derivan.

4 Véase *Gideon v. Wainright*, 372 U.S. 335 (1963).

5 Mantendré así la denominación que utilicé en Grosman, 2008, para este y los otros paradigmas.

6 “Verbitsky, H. (2005). Sobre Habeas Corpus. Corte Suprema Argentina.

Las cortes frente a la negligencia y la discriminación

El segundo tipo de caso que me interesa identificar es aquel en que el Estado omite prestar determinado servicio social a pesar de que éste se encontraba previsto presupuestariamente. Es decir, el dinero estaba disponible, pero el Estado, por alguna razón, no lo empleó del modo que el legislador dispuso al diseñar el presupuesto.

¿Por qué podría ocurrir tal cosa? Las razones pueden ser múltiples, pero vale la pena detenerse en dos. La primera, la más grave, es la discriminación: el Estado podría haber brindado un determinado servicio social a una persona o grupo pero opta por no hacerlo en función de distinciones que no son legalmente válidas. Así, por ejemplo, supongamos que el Estado cuenta con un sistema público de educación con capacidad para incluir a los inmigrantes, pero los excluye por discriminación⁷. La segunda, probablemente la más frecuente, es la negligencia: el Estado cae preso de su desorganización interna, se enreda en su burocracia y no gasta el dinero asignado para determinado servicio social, con el consiguiente perjuicio que esto acarrea para los individuos.

En este tipo de caso, no encontramos un problema de escasez de recursos. Los servicios sociales que el Estado omitió prestar contaban con presupuesto asignado, sólo que el Estado no lo usó como debía. Por eso, el juez, al decidir en este tipo de casos, no debe asignar recursos escasos, sino solamente ejecutar la asignación de recursos escasos que el legislador o el ejecutivo, dentro de las esferas de sus atribuciones, ya ha realizado.

Nuevamente, entonces, nos encontramos frente a un paradigma de control judicial en el que las cortes deben decidir sobre derechos que

7 Véase la discusión al respecto en Fiss, 1999.



en sí son costosos, pero la forma en que el caso llega a los estrados judiciales no involucra la asignación de recursos escasos, pues estos recursos ya fueron asignados por los poderes políticos. En este sentido, el rol de las cortes, en este caso, es garantizar que el dinero se gaste del modo que el Estado democráticamente eligió gastarlo. Dicho de otra manera, se debe procurar que todos los individuos o grupos sean incluidos en el 'paraguas' que el Estado diseñó y dotó de fondos para asegurar determinadas prestaciones. Este 'paraguas' puede llamarse sistema de educación, salud, justicia, etcétera, y para poner el acento en la función inclusiva descripta, llamaré al paradigma de control judicial involucrado en estos casos el "paradigma de la inclusión".

Las cortes frente a la escasez

El tercer tipo de caso es aquel en el que la corte se encuentra con que determinada prestación no cuenta con suficientes fondos presupuestarios. No se trata aquí de un Estado abusador, torpe o discriminador, sino de necesidades sociales que exceden las asignaciones presupuestarias.

Nótese que en cualquier país, por más rico que sea, un juez tarde o temprano se encontrará con este tipo de caso. Esto es especialmente claro en el caso de la salud. Un país puede garantizar a toda la población un servicio público de salud de calidad aceptable, pero ello no obstante, siempre existirán tratamientos particularmente costosos no cubiertos por este sistema. Esto ocurrirá, probablemente, con ciertas cirugías o tratamientos de alta complejidad, y el juez se verá en la posición de resolver si el Estado, que en principio decidió a través de los poderes políticos no asignar presupuesto a tales prestaciones, de hecho debería hacerlo. Obviamente, estos casos serán mucho más frecuentes en los países pobres o en aquellos en los cuales el sector público se hace cargo de re-

lativamente pocas prestaciones sociales. En ellos, la decisión judicial versará sobre cuestiones más básicas. Pero, insisto, el punto es más general: las cortes inevitablemente se enfrentarán a casos de escasez de recursos.

Los casos de derechos sociales frecuentemente encajarán en esta tercera categoría. Es en este sentido que cabe decir que existe una genuina diferencia entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. En los primeros, la asignación de recursos escasos con frecuencia ocupa un lugar central en la decisión judicial, algo que no puede decirse de los casos de derechos civiles y políticos. Los derechos siempre son caros, pero sólo a veces su costo es relevante para las cortes. Lo es, concretamente, sólo en este tercer tipo de caso.

Desde ya, los derechos sociales no siempre encajan en esta tercera categoría de caso. En ocasiones, la provisión de un beneficio social pertenece a la primera categoría, porque es el Estado el que ha puesto al individuo en una situación tal que las necesidades sociales insatisfechas pueden rastrearse de manera directa a acciones del Estado. En otros casos, el derecho social encajará en la segunda categoría, como, por ejemplo, cuando el Estado cuenta con presupuesto para brindar determinado tratamiento médico y no lo hace por negligencia o discriminación, o el ya mencionado caso de discriminación contra los inmigrantes en el sistema educativo. Por eso, encontraremos decisiones judiciales relativas a derechos sociales que no deben hacerse cargo de la cuestión de la escasez de recursos, no porque los derechos no sean caros, sino porque tal circunstancia es irrelevante a los fines de la decisión.

En los casos de la tercera categoría, en cambio, la corte no puede obviar el hecho de que, si acoge el reclamo social, está asignando recursos escasos y que el poder político había decidido asignar de otra manera. Con esto en mente, lla-

maré al paradigma de control judicial respectivo “paradigma de la escasez”.

Ahora bien, la asignación de recursos escasos por parte de las cortes puede parecer problemática, en particular cuando los poderes del Estado con mayores credenciales democráticas han preferido asignarlos de otra manera. ¿Es esta una razón para afirmar que las cortes deberían rechazar los reclamos en tales casos? Si no lo hacen, ¿invaden la esfera propia de los poderes políticos, que son los encargados de adoptar las políticas públicas en materia social? En otras palabras, ¿es deseable que las cortes decidan casos pertenecientes al paradigma de la escasez, o esta sola circunstancia debería llevarlas a una absoluta deferencia hacia las decisiones políticas en materia de políticas sociales?

Antes de responder estas arduas preguntas, veamos de qué manera la cuestión de la escasez estuvo presente en la sentencia T-025.

LA ESCASEZ EN EL CASO DE LOS DESPLAZADOS

Como dije más arriba, creo que un hecho distintivo de sentencias como la T-025 es que en ellas la escasez figura como un dato central. A la hora de analizar los desafíos que un ejercicio jurisdiccional de esta naturaleza plantea desde el punto de vista de la división de poderes, esta circunstancia no puede ser pasada por alto. Una cosa es que las cortes conminen al Estado a dejar de violar los derechos mediante sus propias acciones (paradigma del abuso) o a prestar un servicio social para el que expresamente se lo dotó de fondos (paradigma de la inclusión); y otra muy distinta es que se obligue al Estado a gastar el dinero destinado a las políticas sociales de manera distinta a la que los poderes políticos eligieron democráticamente.

En relación al caso T-025, se ha enfatizado que el Estado colombiano omitía brindar a los desplazados distintos servicios sociales básicos debido a su “inacción” (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). Esta manera de describir la situación reinante nos lleva a pensar en un Estado torpe, ineficiente, que no satisface las necesidades de la población, en esencia, por su propia negligencia. Esto, en definitiva, nos remite al segundo tipo de caso antes descrito, es decir, al paradigma de la inclusión.

En este sentido, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, p. 48-49) alegan que, antes de la sentencia T-025, “las entidades [del estado colombiano] encargadas estaban enfrascadas en una maraña burocrática que no era óptima para ninguna de ellas...” Asimismo, enfatizan estos autores como rasgo distintivo de los estados latinoamericanos que las instituciones estatales relevantes adolecen de una “falta de capacidades básicas” (p. 49). Por eso, consideran que la función de la Corte en este tipo de casos es “sacudir el aparato estatal que se encuentra enfrascado en alguna de las situaciones de estancamiento mencionadas...” (p. 50).

Podemos ver aquí cómo se tiende a poner el acento sobre las falencias propias del Estado colombiano, que, al menos según esta línea del relato, deja de cumplir sus deberes más por negligente que por pobre.

Es interesante trazar un paralelo entre esta forma de encarar el problema de los desplazados y el modo en que las cortes argentinas han tendido a lidiar con los derechos sociales, y en particular con el derecho a la salud. En efecto, también en Argentina muchas veces se ha puesto el acento en aquellos rasgos de la burocracia estatal que nos hacen pensar en un Estado torpe y negligente, sumido en procesos kafkianos y que, preso en el laberinto que él mismo se armó, se olvida



de los derechos que debería estar tutelando. Esta manera de plantear la cuestión presupone que no nos encontramos frente a un problema de escasez recursos, sino que los recursos están pero se usan mal.

Así, en el caso “Viceconte c. Estado Nacional”⁸, de 1998, una cámara federal de apelaciones ordenó al Estado argentino que produjera una vacuna contra el mal de los rastros o fiebre hemorrágica argentina. Los laboratorios privados no producían esta vacuna porque ella no resultaba económicamente atractiva. Para esta Corte argentina, si la vacuna era la mejor manera de prevenir esta enfermedad y los laboratorios privados se negaban a producirla, entonces el Estado debía hacerlo.

La Corte dio especial relevancia al hecho de que el Estado ya había decidido producir la vacuna según un determinado cronograma, pero no lo estaba cumpliendo, lo cual nuevamente nos hace pensar en un Estado negligente. Más aún, como parte de su decisión, la Cámara ordenó que los ministros de Salud y de Economía fueran personalmente responsables de cumplir la sentencia. Esta orden sugiere que, para esta Corte, si el Estado no cumplía era por torpeza, negligencia o desidia, y no por falta de recursos, ya que mal podían ser responsabilizados personalmente los Ministros si el cumplimiento dependía de un aumento presupuestario que ellos no controlaban.

En todo caso, la orden no fue cumplida, lo cual fue interpretado por la demandante como evidencia de la “falta de voluntad” y el “letargo” de las autoridades nacionales (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2001, p. 320). En línea con esto, una corte inferior impuso una multa diaria al Estado (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2001, p. 321). Es decir que la posibilidad de que

el Ministerio realmente careciera de los fondos necesarios había sido descartada (pero no discutida o analizada); para el tribunal, el Estado podía cumplir, pero sus propios vicios lo impedían.

Podemos ver esta retórica presente en muchas decisiones de las cortes argentinas. En otro caso, un tribunal local reprochó que el manejo “negligente” de dos hospitales debido a “omisiones arbitrarias” del Ejecutivo provincial había puesto en riesgo la salud de la población⁹. En “Beviacqua c. Estado Nacional”, un caso en el que se ordenó al Estado que proveyera un medicamento costoso a un niño, la decisión de la Corte Suprema transmitía la imagen de unos burócratas insensibles que, en respuesta a la desesperada situación del niño, miraban para otro lado y pretendían apoyarse en una obra social provincial que, como estos burócratas debían saber, no brindaba servicios adecuados¹⁰. En el mismo sentido, en “Hospital Leónidas Lucero c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”¹¹, una corte sugirió que el descuido de la salud obedecía a la desorganización interna del Estado; y en el caso “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”¹², otra corte, al ordenar al Estado que proveyera agua potable a una población indígena patagónica, enfatizó que las autoridades sabían que el agua estaba contaminada pero omitieron actuar con la debida diligencia.

Como se puede apreciar, en estos casos exis-

8 C. Cont. Adm. Fed., sala 4, 2 de junio de 1998, *Jurisprudencia Argentina* 1999-I-485.

9 “Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito s/Amparo, Juz. Crim. 3 de Mar del Plata, 4 de junio de 2002, citado en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos humanos en Argentina. Informe 2002-2003*, pp. 386-7 (2003).

10 Corte Suprema, 24 de octubre de 2000. *Fallos* 323:3234, especialmente pp. 3243-4.

11 C. Civ. y Com. de Bahía Blanca, sala 2, 2 de septiembre de 1997.

12 C. Civ. de Neuquén, sala 2, 19 de mayo de 1997.

tía una predisposición a ver al Estado argentino como una entidad desordenada, torpe, negligente. Con ese telón de fondo, las cortes podían presumir tranquilamente que la falta de provisión de medicamentos o tratamientos no se debía tanto a la escasez de recursos como a las falencias administrativas del Estado. El sistema de salud pública era visto como una estructura estatal cuyos recursos, si eran manejados con eficiencia y honestidad, debían bastar para brindar los beneficios sociales que los denunciantes reclamaban. Era cuestión, entonces, de ordenar que así fuera.

Es innegable que algunos de los casos de derecho a la salud pueden encajar en la segunda categoría identificada, el paradigma de la inclusión. Pero no parece nada obvio que esto sea cierto en general. Por ejemplo, en el caso “Beviacqua”, el niño afectado contaba con un servicio de salud que no cubría el costoso medicamento que necesitaba regularmente y, por eso, demandó su provisión al Estado. Éste respondió que proveer este medicamento de manera regular afectaría los recursos destinados a garantizar servicios básicos de salud para quienes no contaban con ninguna cobertura¹³. En otras palabras, el Estado alegaba que consideraba más importante canalizar sus escasos recursos hacia la provisión de servicios médicos básicos para los más desamparados que comprar un medicamento muy costoso para una sola persona. La Corte Suprema argentina ni siquiera consideró este argumento. Sin embargo, si la disyuntiva planteada por el gobierno era genuina —es imposible saberlo por la forma en que la Corte encuadró el caso, pero debemos al menos contemplar la posibilidad—, cumplir la orden de la Corte, en la práctica, implicaba privar a gente más carenciada de un servicio de salud básico. En tal supuesto, al omitir el tratamiento del problema de la escasez de recursos, la Corte no estaba eludiendo la cuestión presupuestaria, como muchos

se ven tentados a creer, sino que, implícitamente, estaba decidiendo dar prioridad a la provisión del medicamento en cuestión por sobre las otras necesidades médicas que el limitado presupuesto de salud debía satisfacer.

De modo similar, en “Benghalensis”, el caso en el que la Corte Suprema ordenó al Estado que proveyera medicamentos para tratar el VIH en hospitales públicos, el Estado alegó que la decisión del tribunal inferior no había analizado la obligación del Estado de combatir este mal en consonancia con la ley de presupuesto y las políticas generales en materia sanitaria. La decisión afectaba la economía nacional; más aún, enfatizó el Estado, el presupuesto no estaba sujeto a control judicial¹⁴. La breve respuesta de la Corte a este último argumento fue que los tribunales se limitaban a aplicar la Ley 23.798 (que declara que la lucha contra el sida es de interés nacional) y la Constitución¹⁵.

Es interesante destacar que quienes analizan la justiciabilidad del derecho a la salud en Argentina desde el mismo marco teórico de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco —habitualmente denominado “litigio experimental”, y que nos remite a Sabel y Simon, 2004)— también apuntan a la desorganización burocrática a la hora de explicar la existencia de necesidades sanitarias insatisfechas. En este sentido, Bergallo (2006, p.172) nota que “durante los convulsionados meses de fines de 2001 y comienzos de 2002 se originaron varias interrupciones en el suministro de medicamentos por parte de programas del Estado vinculados a problemas administrativos en la compra e importación de drogas y en la precariedad de la gestión de la administración pública que siguió al cambio abrupto de mandatos presidenciales”. De esta manera, se explica la desatención de la salud poniendo el énfasis en el caos administrativo, no en

13 Fallos 323:3237.

14 Fallos 323:1349-51.

15 Ibid., p. 1358.



la escasez de recursos. Aunque sin dudas la explicación de Bergallo contribuye a entender lo ocurrido, es destacable que no figure en este relato la escasez, que presumiblemente debía jugar un papel importante: en esa época, la peor crisis económica de la historia argentina había reducido los recursos públicos de manera dramática¹⁶.

Más aún, el mero hecho de que se cuente con recursos en el presupuesto en el momento en particular en que se debe resolver el caso no significa que las cortes puedan dar por hecho que se encuentran operando dentro del paradigma de la inclusión. Para determinar si los recursos son suficientes o no a los fines de decidir qué paradigma es aplicable, los tribunales deben analizar la escasez presupuestaria desde un punto de vista dinámico, no estático. La pregunta que las cortes deben hacerse es si todos los individuos que estadísticamente necesitarán el beneficio social en cuestión podrán obtenerlo mediante los recursos existentes, y no si los recursos hoy disponibles bastan para satisfacer las necesidades del individuo en particular que entabló su demanda antes de que los recursos se agotaran. Por esta razón, los recursos podían ser escasos en "Beviacqua" incluso si en el presupuesto había fondos suficientes, en ese momento, para solventar el medicamento solicitado, en la medida en que utilizar esos fondos obstará a que el Estado satisficiera otras necesidades médicas previstas que, según el propio Estado, incluían brindar un servicio básico a los más carenciados.

¿Qué ocurre cuando las cortes erróneamente tratan un caso del paradigma de la escasez como

si fuera un caso del paradigma de la inclusión? Si tal error las lleva a aceptar el reclamo como si los fondos fueran suficientes, aunque no lo sean, entonces las cortes implícitamente están privilegiando las necesidades de los denunciantes por sobre otros usos alternativos que el presupuesto estatal debía financiar. Los fondos, en definitiva, se terminarían asignando por orden de llegada. Ello nos obliga a preguntarnos si esa es la mejor manera de distribuir recursos escasos. El problema es que la Corte, dentro de los estrechos márgenes de conocimiento del paradigma de la inclusión, ni siquiera llega a hacerse esa pregunta. Este paradigma presupone que el Estado está en condiciones de proveer el beneficio en cuestión con los recursos ya asignados a tal efecto; por eso, no prevé un criterio distributivo que permita privilegiar ciertos destinos sobre otros. Presumiblemente, casos como "Beviacqua" o "Benghalensis" exigían discutir tal criterio.

Se podrá decir, y con razón, que no deberíamos aceptar acríticamente que los recursos son escasos por el sólo hecho de que el Estado así lo sostenga. Claro está, las cortes deben evaluar con detenimiento tales alegaciones. Pero cuando resulte que el presupuesto, en efecto, no alcanza, deben estar dispuestas a tomarse en serio el problema de la escasez y las restricciones que ésta impone. En particular, deben estar dispuestas a analizar qué criterios deben utilizarse para asignar prioridades, y por ende a decidir en función de esos criterios que, muchas veces, no coincidirán con el orden de llegada. Más adelante volveré sobre este punto y diré más sobre los criterios que deberían guiar la asignación de recursos bajo el paradigma de la escasez. Baste, por ahora, con dejar sentado que las cortes cometen un serio error si ignoran el hecho de que los recursos son escasos en los casos gobernados por este paradigma.

Ahora bien, en un caso tan complejo y polifacético como el de los desplazados colombianos,

16 Me tomaré la licencia de referir una experiencia personal para ilustrar el punto. El organismo en el que yo entonces me desempeñaba, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, durante varias semanas se quedó sin papel para imprimir las resoluciones que emitía. Hasta ese punto habían llegado las restricciones presupuestarias en los convulsionados tiempos de la gran crisis del 2001-2002.

es inevitable que se mezclen distintas causas a la hora de explicar la trágica situación que la Corte identificó como un estado de cosas inconstitucional. En una buena medida, sin dudas, la desidia, la desorganización o los problemas de coordinación que aquejan al Estado pueden estar detrás de tal estado de cosas. Pero la cuestión presupuestaria —la escasez de recursos— no puede ser soslayada, y ella amerita análisis y remedios diferentes, y también nos impone una perspectiva diferente acerca de la relación entre las cortes y el gobierno.

El problema de la escasez presupuestaria está bien documentado en el caso de los desplazados. Cuando los desplazados solicitaban la ayuda que la Ley 387 de 1997 les prometía, una respuesta común era que no había presupuesto (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 81). Entre 2002 y 2003, el presupuesto para atender a los desplazados se redujo en casi un 50% (Ibid., p. 82). La Corte, de hecho, marcó la insuficiencia de recursos presupuestarios como uno de los principales problemas en torno al drama de los desplazados (Sentencia T-025, apartado 6.3; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 133).

Nótese que esto plantea un problema particular, que difiere del esquema de Estado negligente que veníamos tratando hasta ahora. En efecto, ya no se trata de un Estado que asigna recursos pero después no los utiliza por torpe, sino de un Estado que, a través de los poderes políticos, opta por asignar recursos de otra manera, y que al hacerlo implícitamente relega la atención de los desplazados. No todos los problemas relativos a los desplazados se explican de esta manera, pero queda claro que la cuestión presupuestaria, es decir, la escasez de recursos, desempeña un papel central en este drama. Es por eso que el caso de los desplazados nos enfrenta al tipo de problemas propios del paradigma de la escasez.

Como dije, los casos de este paradigma imponen un desafío mayor desde el punto de vista de la legitimidad de las cortes frente al gobierno. Ya no se trata de decirle al gobierno que no abuse de los derechos mediante sus propias acciones (en cuyo caso la escasez es moral y jurídicamente irrelevante) o que haga aquello para lo cual fue dotado de fondos (en cuyo caso no hay escasez), sino que lo que está en juego aquí es que las cortes ordenen al Estado que trastoque las prioridades presupuestarias que, democráticamente, sus poderes políticos eligieron.

Esta forma de plantear el problema puede sugerir que yo soy partidario de que las cortes no se metan en casos de escasez. No es así. Sin embargo, si enfatizo los desafíos que impone la escasez, y lo que el paradigma respectivo implica, es porque creo que la carga de las cortes es mayor, y ellas no pueden operar “como si nada ocurriese”, como si se tratara de un Estado negligente, caótico o desidioso, cuando en realidad de lo que se trata es de un Estado que ha elegido gastar sus recursos de otra manera. Frente a este escenario, las cortes tienen que explicar por qué el modo de gastar esos recursos que el Estado democráticamente eligió es inaceptable constitucionalmente. Esta carga no es insoportable, y el desafío no es insuperable. Pero para sortearlo las cortes deben empezar por plantear bien el caso, entendiendo como negligencia lo que es negligencia, y como escasez lo que es escasez.

Claro que es tentador restar importancia a la cuestión presupuestaria, pretender que no asignar presupuesto es un acto más de negligencia. No deberíamos ceder frente a esta tentación. Insisto: no asignar presupuesto es una decisión democráticamente adoptada de privilegiar ciertos gastos y relegar otros. Los desplazados no tenían, para el gobierno colombiano, la importancia que la Corte entendía que en derecho les correspondía. Podemos estar en desacuerdo con esa deci-



sión, podemos creer que ella viola la Constitución, pero no podemos soslayarla, dejar de ubicarla en su real dimensión y ponerla en la gran bolsa de las negligencias burocráticas.

En este sentido, vale la pena poner en perspectiva la situación de los desplazados. Hacia 2004, se encontraban en tal situación unos tres millones de personas, de los cuales un 92% padecían de necesidades básicas insatisfechas y el 80% directamente de indigencia (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 83). Estos números son desoladores, pero la situación de la pobreza e indigencia en Colombia dista de limitarse a los desplazados: en el 2003, unos 16 millones de personas tenían sus necesidades básicas insatisfechas y más de ocho millones eran indigentes en Colombia (Fresneda, 2007).

Creo que, en este contexto, enfatizar la negligencia estatal trivializa el problema. Se trata de un genuino caso de asignación de recursos escasos y, por ende, debe ser encarado de manera acorde.

LAS CORTES ANTE LA ESCASEZ DE RECURSOS

Habiendo establecido que el caso de los desplazados nos enfrenta a una genuina situación de escasez, volvamos ahora a la pregunta que había quedado pendiente: ¿puede una corte obligar al Estado a gastar recursos de una manera distinta a la que democráticamente han elegido sus poderes políticos?

El constitucionalista argentino Carlos Nino era escéptico al respecto. En efecto, según Nino (1992, p. 687-8):

«Si 'ejecutividad' [de los derechos sociales] quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un

inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez [...] podría perfectamente torcer las conclusiones a que se ha llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación.»

¿Puede ser que, en tales condiciones, el control judicial implique una transferencia de poder a favor de los jueces para la cual la institución nunca fue concebida? ¿Podría decirse que la consabida objeción al control judicial conocida como "el problema contramayoritario" (Bickel, 1960) se vea reforzada, al punto de tornarse irresistible, cuando un caso involucra derechos sociales?

En un sistema en el cual los jueces tienen la potestad —más aún, el deber— de controlar la constitucionalidad de las leyes, la inclusión de nuevos derechos en la Constitución implica la expansión del poder de los jueces a áreas que antes, en principio, le eran ajenas. Cuando el derecho en cuestión se vincula con políticas sociales, esta expansión del poder de los jueces implica una correlativa reducción del poder del Presidente y el Congreso, que son quienes tradicionalmente se encargan del diseño y la implementación de tales políticas¹⁷.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales —un fenómeno que ha caracterizado las reformas constitucionales en buena parte del mundo— debe entenderse como una transferencia de poder desde los poderes políticos hacia el poder judicial. Cuestiones tales como el acceso a una vivienda digna o a un servicio de salud razonable,

17 Esta no es obviamente la única transferencia de poder involucrada, pero la destaco porque es la que más interesa a los efectos del presente trabajo.

que antes se consideraban eminentemente políticas, es decir, libradas al juicio y arbitrio de los poderes políticos, han pasado a ser un deber estatal ejecutable judicialmente.

El control judicial de constitucionalidad implica que las cortes tienen el deber de aplicar la Constitución frente a actos y omisiones de gobierno que la violan. Como dije, en muchos países de la región, Colombia incluida, la Constitución ha sido ampliada para reconocer como derechos lo que antes quedaba librado a los confines de la política. Esto es particularmente cierto respecto de los derechos sociales. Puede decirse, en consecuencia, que la institución del control constitucional de las leyes por parte de los jueces tiene hoy una extensión que no tenía en sus inicios (Saba, 2005). No obstante, no se sigue de ello que la institución pierda vigencia en la medida en que la Constitución se expanda. El control judicial significa que los jueces son custodios de un documento en constante evolución, no de una particular versión de éste congelada en el tiempo. Sería absurdo afirmar que cada reforma nos obliga a reconsiderar si los jueces deben aplicar la Constitución en su totalidad. Una constitución podría, en principio, dejar algunos derechos al margen del control judicial, pero tal exclusión no puede presumirse. A falta de indicación expresa en contrario, los jueces deben hacer efectivos todos los derechos constitucionales.

Sin embargo, según sostuve, la escasez de recursos impone un desafío especial para las cortes, en la medida en que en estos casos ellas podrían ordenar la asignación de beneficios sociales de una manera contraria a decisiones generales de los poderes políticos. Esta forma de interferir con decisiones de los poderes democráticos, sin embargo, no es necesariamente indebida.

Cualquier visión razonable acerca del control judicial en casos que involucran derechos socia-

les debe partir de reconocer la importancia de una ley muy especial: la ley de presupuesto. Esta ley refleja las decisiones democráticas acerca de cómo gastar los recursos escasos, qué priorizar y qué postergar. Si las cortes sostuvieran que el mero hecho de que el presupuesto no contempla la satisfacción de alguna necesidad social es en sí mismo inconstitucional, no estarían tratando al presupuesto con la deferencia y el respeto que cabe esperar de ellas en una democracia republicana. Las cortes deben reconocer que la provisión de beneficios sociales está condicionada por las restricciones impuestas por la escasez. Como los recursos públicos no alcanzan para satisfacer todas las necesidades de la población, el gobierno deberá decidir cuáles satisface y cuáles no. Esta decisión, en condiciones de escasez, es inevitable; por ende, las cortes no pueden concluir que el gobierno, decida lo que decida, estará violando la Constitución. Para que ello ocurra, las cortes deben entender que la elección realizada por el gobierno resulta contraria a la Constitución.

En definitiva, se trata de que las cortes tomen al presupuesto como una norma merecedora de un alto grado de respeto, pero no como algo sagrado. Reconocer la necesidad de decisiones distributivas no implica confinar todas esas decisiones a los límites establecidos por el presupuesto. El presupuesto no es un muro infranqueable para la decisión judicial, pero cuando una corte decida empujar los límites presupuestarios, deberá hacerlo bajo el convencimiento de que la Constitución se vería vulnerada si así no lo hiciera.

Pero, ¿cuánto se pueden empujar los límites presupuestarios en pos de la Constitución? Aquí es importante introducir un concepto adicional: el de razonabilidad.

El estándar de razonabilidad ha jugado un papel social en la judicialización de los derechos sociales en Sudáfrica, cuya experiencia en la materia



debe ser aprovechada por países latinoamericanos que, aunque en contextos distintos, también están explorando la posibilidad de hacer efectivos estos derechos a través de las cortes.

La Constitución sudafricana posapartheid declara que “el Estado debe tomar medidas legislativas y de otra índole razonables para alcanzar la realización progresiva de los [derechos a la vivienda, la salud, la comida, el agua y la seguridad social]”. (Constitución de Sudáfrica, §26 y §27). El mismo estándar se aplica a la educación (*id.*, §29).

La Corte sudafricana dio contenido más preciso a este estándar a través de su jurisprudencia, en particular en tres casos emblemáticos: “*Soobramoney v. Minister of Health*” (1997)¹⁸, “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*” (2000)¹⁹ y “*Minister of Health v. Treatment Action Campaign*” (2002)²⁰.

En “*Soobramoney*”, la Corte concluyó que era razonable, y por ende constitucional, que un hospital negara un tratamiento vital de diálisis a un paciente. Tal negativa resultaba de la aplicación de un criterio hospitalario cuyo objetivo era la utilización de recursos médicos escasos de forma tal que se maximizara el número de vidas que podían salvarse. El señor *Soobramoney* murió poco después de la decisión de la Corte. En “*Grootboom*”, la Corte conminó al Estado a adoptar medidas de emergencia para paliar la situación de extrema precariedad que afectaba a un grupo de 900 personas que moraban en un campo de deportes bajo láminas plásticas y sin servicios básicos. Para la Corte, el Estado no había cumplido con su deber de tomar medidas razonables para garantizar la realización progresiva del derecho, ya que no había implemen-

tado programa alguno que permitiera paliar temporalmente situaciones de esta índole. Pero cabe destacar que la Corte no reconoció un derecho incondicional a la vivienda; reconoció, en cambio, un derecho a que el Estado adoptara medidas razonables que protegieran a los necesitados. Finalmente, en “*Treatment Action Campaign*”, el Estado se resistía a proveer cierto medicamento antiviral en los hospitales públicos como un modo de combatir el VIH-sida. La Corte entendió que tal negativa resultaba irrazonable, y por ende ordenó al Estado enderezar su política al respecto.

Este estándar de razonabilidad puede servir también en otros países para juzgar la constitucionalidad de las omisiones del Estado en materia de políticas sociales, ya que permite enfrentar el tipo de dificultades que plantea el paradigma de la escasez. Sin embargo, para que el estándar de razonabilidad efectivamente cumpla esta función, hay dos formas habituales de interpretarlo que deberíamos rechazar: que es razonable todo aquel acto de gobierno que no es manifiestamente ridículo; y que la razonabilidad consiste en una adecuación instrumental de los medios elegidos para alcanzar determinados fines. Cualquiera de estas dos interpretaciones impone una carga demasiado liviana al gobierno. La pregunta no es si la medida en cuestión es manifiestamente absurda o meramente idónea para cumplir un fin, sino si la elección misma de los fines es compatible con la Constitución; dicho de otra manera, si el gobierno interpretó de manera adecuada la prioridad que la Constitución asigna a determinadas necesidades sociales.

Con esto en mente, la razonabilidad debe entenderse en relación con dos factores: primero, el grado de afectación de aquellos ideales constitucionales que, según la constitución del país del que se trate, resultan insoslayables; segundo, la importancia económica de la provisión del beneficio reclamado.

18 12 BCLR 1696 (1997).

19 11 BCLR 1169 (CC) (2000).

20 10 BCLR 1033 (2002).

Con respecto al primer estándar, sostuve en otro lado (Grosman, 2008) que en la Constitución argentina un ideal constitucional que resulta determinante a la hora de definir la razonabilidad de las políticas sociales es la igualdad estructural de las oportunidades. Este ideal aspira a igualar las condiciones que la estructura social impone sobre nuestras posibilidades de progresar y llevar adelante una vida plena. De esto se sigue, a mi juicio, que el tratamiento de enfermedades sociales —enfermedades que son consecuencia y causa de pobreza— resulta, en mi país, más urgente *ceteris paribus* que el de otras enfermedades. Esto no quiere decir que las únicas enfermedades que el Estado argentino deba atender sean las sociales, sino que los jueces deben estar dispuestos a apartarse más vehementemente del presupuesto en tales casos. Por igual razón, creo que la inversión en educación pública resulta fundamental, ya que la educación gratuita de calidad juega un rol central a la hora de definir las posibilidades de una persona de progresar con independencia de la riqueza de la familia en cuyo seno se ha criado. Las cortes, en estos casos, deben estar dispuestas a trascender el presupuesto si el gobierno no comprende acabadamente la importancia constitucional de este servicio.

En el contexto de los Estados Unidos, por su parte, a la hora de justificar la especial obligación del Estado respecto de determinadas prestaciones sociales, se ha puesto el énfasis en valores tales como la igualdad de los inmigrantes como grupo en relación con la asistencia social (Fiss, 1999) o en el funcionamiento de la democracia y su relación con la educación²¹. Igualdad de grupos y democracia, bajo tales interpretaciones, son valores prioritarios en la Constitución estadounidense.

La idea, en todos estos casos, es que cuando la prestación de beneficios sociales se vincula estrechamente con ciertos valores centrales para el orden constitucional su consecución justifica esfuerzos mayores. No pretendo determinar qué ideales ocupan un lugar comparable en la Constitución colombiana, ya que ello excedería holgadamente el objetivo de este trabajo y mis conocimientos sobre la materia. Me limito a sostener, entonces, que las cortes colombianas abocadas a la tarea de hacer efectivos los derechos sociales no pueden eludir la carga de identificar los valores constitucionales que resultan tan fundamentales en el orden jurídico colombiano que, en pos de su tutela, resulta justificado forzar a los poderes políticos a asignar recursos de un modo distinto al que democráticamente eligieron.

En los casos en los que se afecten tales valores centrales, la obligación estatal de proveer un beneficio social no puede depender de que exista una partida presupuestaria prevista a tal fin. En tales casos, las cortes deben empujar al gobierno más allá de los límites presupuestarios. Para hacerlo, las cortes pueden presumir que el Estado tiene algún espacio para maniobrar, para reorganizar partidas presupuestarias, aumentar ingresos o reducir gastos. Pero este espacio de maniobra tiene sus límites, y por ende la presunción de “manio-brabilidad” se debilita a medida que aumenta el costo del beneficio social en cuestión: aquí entra a jugar el segundo factor, esto es, la importancia económica del beneficio social reclamado. Como dije, ambos factores —importancia constitucional e importancia económica— interactúan, y la tensión que entre ellos se genera sólo puede resolverse en casos concretos. La razonabilidad de lo que cabe exigir al gobierno en materia de provisión de beneficios sociales en un caso determinado dependerá de la resolución de esa tensión.

Claro está, la exacta dimensión de cada una de estas variables puede resultar imprecisa al

21 Voto del juez Thurgood Marshall en “San Antonio v. Rodriguez”, 411 U.S. 1 (1973).



momento de emitir la decisión. La importancia constitucional de una privación y el costo de remediarla no siempre resultan obvios. Por eso, no cabe esperar que los tribunales pronuncien una sentencia que de manera precisa establezca lo que el Estado debe hacer. Con frecuencia, tanta exactitud será implausible, y por ello las cortes deberán recurrir a estándares más generales y flexibles, susceptibles de revisión y ajuste. Más aún, como en general habrá más de una política cuya ejecución resulte razonable exigirle al Estado, deben ser los poderes políticos los que elijan cuál de todas ellas será implementada.

En los casos del paradigma de la escasez, las cortes deben lograr que sus decisiones resulten sensibles a las restricciones económicas y efectivamente puedan ser cumplidas, pero sin que tal 'sensibilidad' desdibuje la función que la Constitución les reserva. En este sentido, la corte debe alcanzar un equilibrio entre dos fuerzas en tensión: por un lado, debe ordenar algo que el gobierno esté en condiciones de cumplir, pues la falta de cumplimiento socavaría la autoridad de la Corte y su capacidad para velar por los ideales constitucionales; por el otro, la Corte no debe asumir un papel complaciente frente al poder, y sólo ordenar aquello que éste quiere cumplir. Si así lo hiciera, estaría renunciando a su imperio como guardián de la Constitución para convertirse en un amigable componedor o, tal vez, en un 'lobista'. La Corte debe presionar al gobierno para que lleve a cabo políticas públicas que posiblemente nunca serían el fruto de su propia voluntad, pero sin que ello signifique abrir una brecha tan grande entre lo deseable y lo posible que la sentencia devenga letra muerta.

Desde ya, no existe una sola manera de buscar ese equilibrio. Como idea general, el tribunal debe dar un paso, esperar que el gobierno reaccione, luego dar otro paso, y así sucesivamente. Esto se repetirá tantas veces como la complejidad

del caso requiera. Lo ideal es que a cada paso el tribunal esté en condiciones de emitir una orden más específica y concreta que en el anterior, pero no se puede descartar que en ocasiones sea necesario dar un paso atrás, reconsiderar alguna orden emitida y rediseñar el camino a seguir. Fiss (1978) se ha referido a este proceso como un "remedio en espiral".

En ocasiones, se recurre a la imagen del diálogo para capturar algunos rasgos de este proceso: Abramovich y Curtis (2002, p. 250), por ejemplo, se refieren a "un diálogo entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídicopolítico establecido por la Constitución o por los pactos de derechos humanos".

Todos los casos judiciales representan un diálogo en la medida en que constituyen "un proceso racional o comunicativo en el que el juez escucha y responde" (Fiss 2003, p.45). Pero cuando se describe la etapa en la que se diseña el remedio como un diálogo, en general se está usando el término en un sentido distinto, sugiriendo que el juez ejerce su autoridad con menos intensidad que en un caso común. Por esta razón, tiendo a ser renuente a usar esta imagen.

También Alexander Bickel (1960, p. 254) recurría a la imagen del diálogo o coloquio para destacar las virtudes pasivas del juez. En su modelo, el tribunal ensaya respuestas tentativas, graduales, parciales, y espera a que las otras instituciones reaccionen. Bickel ve el caso "*Brown v. Board of Education*" como un ejemplo paradigmático de esta actitud judicial. En este caso, la Corte primero declaró el principio aplicable y luego convocó a las partes a que presentaran argumentos adicionales; se valió de un estándar vago ("*with all deliberate speed*"²²) para dar pie a un coloquio (íd., p.253). Es verdad que este proceso no es muy dis-

tinto al que, según sugerí, podría funcionar en los casos resueltos bajo el paradigma de la escasez. Pero la referencia al diálogo o coloquio se presta para transmitir una idea errónea, ya que estos términos tienden a soslayar la centralidad del tribunal y su autoridad en el diseño del remedio. Incluso cuando el gobierno cumple un papel activo al ayudar a definir qué medidas exactamente deberán adoptarse, es el tribunal el que establece el estándar aplicable y en última instancia evalúa si la conducta estatal está a la altura de las exigencias constitucionales. El tribunal, no el gobierno, es responsable del diseño del remedio adecuado. Más aún, cualesquiera sean las virtudes que la Corte debe exhibir en este proceso, ciertamente no contaría la pasividad entre ellas.

EL COMPLEJO DE ILEGITIMIDAD

Existe un concepto emparentado con el diálogo que en ocasiones se utiliza para tratar de dotar de legitimidad democrática al proceso judicial: la deliberación. En el contexto específico de Colombia y la sentencia T-025, este concepto ha desempeñado un papel central. En este sentido, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010) recogen la crítica de falta de legitimidad democrática que tradicionalmente se ha realizado contra las sentencias estructurales, en particular en el contexto de la segregación racial en los Estados Unidos. Siguiendo a autores como Sabel y Simon (2004), Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco apuestan a sortear la dificultad contramayoritaria procurando que el proceso judicial mismo sea más democrático, y encuentran en la sentencia T-025 un caso paradigmático y exitoso desde esta perspectiva.

Para ellos, un rasgo central, y especialmente encomiable, de esta sentencia es justamente que ella entabla un proceso deliberativo del que participen los jueces de la Corte, el Gobierno, algunos (pocos) desplazados y representantes de la socie-

dad civil. Sin embargo, en la lectura de estos autores la deliberación no sólo contribuye a una mejor definición del remedio, sino que también cumple una función mucho más importante a los fines de la objeción que estamos analizando: a través de la deliberación, la sentencia adquiere una legitimidad democrática de otro modo ausente. Se superaría, así, el complejo de ilegitimidad que aqueja a quienes festejan el activismo judicial, por un lado, pero por el otro lamentan el sacrificio democrático que éste implica²³.

Comparto la aspiración de que las cuestiones públicas importantes, como el drama de los desplazados en Colombia, sean objeto de discusión amplia y robusta en foros públicos. La democracia se enriquece cuando ello ocurre. Sin embargo, esto es muy distinto que sostener, como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, que es deseable que tales deliberaciones se lleven a cabo en los estrados judiciales en el contexto de la resolución de un caso, y que ellas dotan al procedimiento judicial de una legitimidad de la que carecen.

Es tentador pensar que la democracia no es sólo una forma de gobierno, sino una forma de vida, y que por ende deberíamos tratar de llevar la discusión democrática a tantos ámbitos como sea posible. Esa, sin embargo, es una tentación que debemos resistir: no todos los ámbitos de nuestra vida se beneficiarían con la inyección de demo-

23 Dicen Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco: “Acogemos las críticas hechas contra algunas decisiones judiciales activistas, que cuestionan la legitimidad democrática y la utilidad práctica de sentencias que contienen órdenes muy detalladas que dejan poco margen de maniobra a los hacedores de políticas públicas y que, frecuentemente, no van acompañadas de mecanismos de seguimiento del cumplimiento del fallo. Con base en los hallazgos del estudio de la T-025, argumentamos a favor de órdenes y procedimientos que abran espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos estructurales que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados” (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p. 18).



cracia. En ciertos ámbitos, otras lógicas pueden tener mejor cabida. El proceso judicial es uno de tales ámbitos. De hecho, en las democracias constitucionales, el proceso de control judicial de las leyes y los actos de gobierno tiene la función de poner coto a lo que las contingentes mayorías resuelven, y no de reflejarlo.

Más aún, es necesario poner en perspectiva el tipo de deliberación involucrada en el caso de los desplazados. Allí, las audiencias públicas son el principal mecanismo de participación y deliberación (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010, p 173). No estamos hablando, entonces, de un proceso de amplia discusión en el que todos los sectores involucrados están representados, sino de un recorte necesariamente parcial cuya representatividad es estructuralmente imposible de descifrar: en el Congreso, ámbito de representación democrática por excelencia, sabemos que cada diputado o senador está allí porque tiene una cantidad de votos detrás; en un ámbito como las audiencias públicas celebradas en la causa de los desplazados, nada parecido podría plantearse.

El hecho de que nos encontremos frente a casos de recursos escasos potencia esta falta de representatividad: la asignación de presupuesto a una necesidad social en particular no tiene impacto en quienes adolecen de esa necesidad, sino también en todas aquellas personas con necesidades distintas que, de esa manera, se ven postergadas. Estas personas que resultan 'perdedoras' merced a determinada asignación o reasignación, mal pueden considerarse representadas en un proceso circunscripto a determinadas necesidades específicas. El presupuesto plantea problemas policéntricos (Fuller, 1978) que necesariamente nos enfrentarán a déficits de representación insalvables, al menos en la medida que se crea que la clave de la legitimidad judicial radica en democratizar sus procedimientos (algo que yo, ciertamente, no creo).

Recordemos que en estos casos lo que está en juego es que una corte conmine al gobierno a aplicar políticas públicas distintas de las que han sido elegidas democráticamente por los órganos con mejores pergaminos democráticos —el Congreso y el Presidente—. Como dije, yo no creo que eso en sí mismo sea problemático; lo que parece sorprendente es que quienes sí lo creen supongan que basta con celebrar audiencias públicas e instalar el tema socialmente para que el déficit democrático se diluya. ¿Cómo podrían estos mecanismos de participación tan acotada y de limitadísima representatividad competir con los procesos más genuinamente democráticos de las decisiones que, potencialmente, serán dejadas de lado en un proceso judicial? La batalla parece perdida de entrada.

Quiero aclarar el tenor de mi objeción: no digo que las audiencias públicas no sean deseables. Por el contrario, creo que ellas pueden conducir al dictado de una sentencia más robusta, mejor informada, con un análisis más denso de los problemas involucrados. El error que critico es el de pretender que las audiencias públicas puedan dotar al accionar de las cortes de algún tipo de legitimación democrática. De hecho, la búsqueda misma es equivocada, ya que no es legitimidad democrática lo que debemos aspirar a encontrar en el proceso judicial. La legitimidad de sentencias como la T-025, o la de cualquier decisión judicial, radica en la correcta aplicación del derecho, y en particular de la Constitución, al caso concreto. Cuando la escasez ocupa un lugar tan central como en este caso, esa tarea involucra, necesariamente, tomarse en serio las restricciones impuestas por la escasez y adecuar la solución a lo que es razonable establecer en tales circunstancias. Una sentencia que cumple con estos parámetros acabadamente es legítima, aunque obligue al gobierno a apartarse de políticas sociales decididas democráticamente. Su legitimidad, sencillamente, es de otra especie.

En línea con esto, algunos de los aspectos de la sentencia T-025 que Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco más enfáticamente elogian son precisamente aquellos que, a mi juicio, no sólo no le agregan sino que le restan legitimidad al accionar de la Corte. Cuando describí el procedimiento general que a mi juicio debe seguirse en casos del paradigma de la escasez, hice referencia a una dinámica de ida y vuelta que, siguiendo a Fiss (1978), podría llamarse “remedio en espiral”. Manifesté algún reparo acerca de la imagen de diálogo para describir este proceso porque tal imagen tiende a soslayar la centralidad que la Corte debe jugar. Como se podrá apreciar, entramos aquí en el reino de los matices, y la línea que separa una Corte demasiado pasiva y deferente de otra que cumple adecuadamente su rol es necesariamente delgada. En ese contexto, algunos aspectos del modo en que la Corte Constitucional colombiana encaró el proceso en el caso de los desplazados despiertan algunas dudas, en especial a la luz de determinadas lecturas al respecto.

Así, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco celebran que “se ha generado es un escenario de diálogo, de construcción democrática de una política para unas víctimas. Ninguna otra política pública ha tenido un escenario donde en una mesa se puede sentar una persona desplazada, una persona de la sociedad civil, una persona del Gobierno y un representante de la rama judicial a discutir si efectivamente los ingresos presupuestales que se están dando para la población son suficientes.”

(Entrevista con Viviana Ferro, subdirectora de atención a la población desplazada de Acción Social, 8 de enero de 2009, citada en Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

Nótese que en este escenario descrito por estos autores, la figura de la Corte se desdibuja y pierde centralidad: pasa a ser uno más en un diálogo entre varias partes. En el mismo sentido,

señalan estos autores que los indicadores para la evaluación de la política pública sobre desplazamiento “fueron producto del diálogo entre propuestas del Gobierno y la Comisión de Seguimiento, con la activa intermediación de la Corte. Se trató de un proceso iterativo y gradual, en el que la Corte promovía nuevas propuestas, acogía algunas y volvía a solicitar alternativas...” (í.d.)

Cabe preguntarse si la “activa intermediación” no corre el riesgo de parecerse demasiado a la mediación, una forma de proceso en la cual el diálogo ya no transcurre entre la Corte y el gobierno, sino entre las partes. Para ilustrar este punto, vale la pena detenerse en el caso “Verbitsky” de superpoblación carcelaria resuelto por la Corte Suprema argentina. Este caso, según adelanté, es justamente citado por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco como un antecedente del tipo de dinámica procesal que, a su juicio, resulta digna de imitación. Mi opinión es diferente.

En “Verbitsky”, la Corte argentina analizó la tragedia de la superpoblación carcelaria en la Provincia de Buenos Aires. Miles de personas, algunas condenadas pero muchas procesadas sin condena, se encontraban presas en cárceles y comisarías de esa provincia en pésimas condiciones: sin comida ni atención médica adecuada, hacinadas, sin suficientes camas. La Corte concluyó que estos hechos violaban la Constitución argentina y los tratados internacionales; sin embargo, se abstuvo de ordenarle al gobierno provincial de manera concreta lo que debía hacer para que la violación cesara, pues era renuente a actuar de forma tal que pareciera que estaba incursionando en el diseño de políticas públicas. Dijo, en este sentido, que no corresponde a los jueces definir las medidas particulares que el gobierno debe adoptar para remediar la situación (Considerandos 26 y 27). Optó, entonces, por aportar lineamientos generales, a la vez que invitó a las partes a que acordaran entre ellas las medidas más concretas a adoptar. En este sentido, urgió al go-



bierno provincial a organizar una “mesa de diálogo” a la que estarían invitados la actora, los *amicus* y otros actores de la sociedad civil. Los avances de esta mesa debían ser informados bimestralmente a la Corte.

Este mecanismo en particular, la mesa de diálogo, nos permite apreciar la importancia que la Corte atribuyó a la negociación entre las partes como la única forma de llegar a una solución real del problema. “Las políticas públicas eficaces”, afirmó el tribunal, “requieren de discusión y consenso” (considerando 26). Anteriormente, durante el transcurso del proceso, el juez de la Corte Enrique Petracchi ya había instado a las partes a reunirse para llegar a un acuerdo²⁴, siempre obrando bajo la misma convicción (considerando 31).

Podemos advertir que hay dos ideas distintas de diálogo en danza. Bickel (1960) tenía en mente un proceso en el que las partes y el tribunal, reaccionando a las iniciativas del otro, de manera conjunta dieran contenido a la Constitución. En “Verbitsky”, en cambio, la Corte argentina propicia un diálogo entre las partes, donde ella se reserva un rol similar al del mediador que procura acercar a los litigantes en busca de consenso.

Este enfoque parece seguir el modelo defendido en Sabel y Simon (2004.) Allí, estos autores enfatizan las virtudes de la reforma estructural de las instituciones mediante la “regulación experimental”. Según sostienen, en tiempos recientes, los tribunales abocados a la reestructuración de los organismos burocráticos han pasado del tradicional modelo de “orden y control”, en el que los tribunales le ordenan al gobierno que se ajuste a parámetros específicos, a la regulación experi-

mental, que consiste en establecer reglas flexibles y provisorias cuyo propósito es facilitar la negociación entre las partes.

La negociación, entonces, es el rasgo central de este modelo. La idea es que las partes “se reúnan para negociar un plan de remedios” (Sabel y Simon, 2004, p. 1067). Esta negociación es deliberativa—los argumentos se respaldan con razones—y transparente (íd, p. 1071). El objetivo es lograr un consenso (íd. p. 1068). Ese es precisamente el espíritu del caso “Verbitsky”: la Corte promueve la negociación entre las partes para que ellas, en una mesa de diálogo, alcancen un consenso acerca de cómo mejorar el sistema carcelario.

Bergallo (2006) ha procurado aplicar el modelo de Sabel y Simon a la justiciabilidad del derecho a la salud en Argentina. Bergallo, como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, cree que este modelo sería una respuesta adecuada a las acusaciones de falta de legitimidad democrática. Dado que en el litigio experimental los demandantes y el gobierno negocian, los tribunales no tienen la última palabra en materia de remedios, lo cual refuerza la legitimidad democrática de la intervención judicial (íd., p. 23).

El defecto de este modelo es que desdibuja la tarea judicial al punto de tornarla irreconocible. En nuestro sistema, las cortes tienen a su cargo la tarea de dotar de significado a las normas en casos concretos (Fiss, 2003). Las normas por las que velan son aquellas que la comunidad considera de importancia máxima. Las cortes, por ende, desempeñan un papel especial, que no consiste en satisfacer preferencias personales, incluidas las de las partes, sino en hacer efectivos los valores públicos que toman la forma de derechos.

Por eso parece tan problemático que las cortes por momentos tomen como modelo la figura del mediador, cuyo propósito es facilitar la negociación entre las partes para que éstas alcancen

24 Así lo informó un *amicus*. Ver Asociación por los Derechos Civiles (ADC), “Informe ADC sobre el fallo ‘Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus’”, p. 5, disponible en: http://www.adccorte.org.ar/recursos/243/DOCUMENTO_CASO_HABEAS_CORPUS.pdf.

un consenso. Para los mediadores, lo que importa es qué prefiere cada parte y cómo se pueden acomodar esas preferencias de forma tal que se arribe a una solución mutuamente satisfactoria. La función del mediador no es hacer efectivos los derechos, sino ayudar a las partes a llegar a un acuerdo. Los derechos, en este contexto, son meras restricciones de fondo: los contornos del mercado en el que las preferencias se negocian.

Por su énfasis en la negociación, el modelo de Sabel y Simon se acerca demasiado a la mediación²⁵. En algunas áreas del derecho, esto no sería criticable. En el derecho comercial, por ejemplo, muchas controversias pueden resolverse sobre la base de las preferencias de las partes. Un árbitro, incluso un mediador, podría ser apto para resolver la mayoría de las controversias de esa índole, ya que ellas en general no comprometen de manera sustantiva los valores de la comunidad. Esto, sin embargo, no se aplica a las cuestiones públicas. En ellas, las preferencias privadas sólo son relevantes en la medida en que reflejen valores públicos, y por ello las cortes no pueden limitarse a mediar entre las partes. El derecho a las condiciones dignas de detención que se discutía en “Verbitsky” no es aquello que los detenidos acuerdan con sus carceleros, sino lo que la Corte considera que refleja de la mejor manera posible los valores públicos involucrados.

En este sentido, como dice Filippini (2005) al comentar “Verbitsky”: “la posibilidad de un acuerdo entre las partes es [...] problemática, ya que la provisión de condiciones adecuadas de detención es una obligación estatal que debe ser definida

aun sin el consentimiento del actor”. Filippini va todavía más allá y se pregunta, con razón, cómo el consentimiento del actor puede resultar vinculante para todas las personas afectadas. El modelo de la negociación presupone que el interés de las partes es todo lo que está en juego, pero tal presupuesto no se aplica a los casos en los que se debaten cuestiones públicas.

Nuevamente, quiero ser claro: no digo que las partes deban ser excluidas de la fase del diseño del remedio o que su aporte deba ser ignorado. Su participación activa puede ser esencial, y sería un error limitarla. Sin embargo, una cosa es tomarse en serio el aporte de las partes y otra es delegarles la tarea de interpretar el significado de la Constitución en casos concretos. La línea, según dije, muchas veces es delgada; y estaremos de un lado o del otro dependiendo del modo en que interpretamos y damos sentido general a instancias y actos procesales en particular. El marco conceptual del que partimos, entonces, es decisivo.

Ni el consentimiento propio de la negociación ni el tipo de deliberación propia de la democracia son necesarios para legitimar la decisión judicial. Ella no depende del consentimiento democrático o contractual para ser legítima. Las cortes tienen un mandato específico: dar significado a nuestras normas, en especial a la Constitución, en casos concretos. Aunque forman parte de un sistema de gobierno cuya fuente de legitimidad general debe ser, claro está, el consentimiento democrático, la legitimidad específica de las cortes depende de cumplir de manera adecuada su mandato. Un modelo de decisión judicial que invita a los jueces a desentenderse de la misión específica que la Constitución les asigna, por ello, sólo puede restarles legitimidad.

En definitiva, puede apreciarse que la Corte Suprema argentina en el caso “Verbitsky” le concedió un papel demasiado importante a la nego-

25 Sabel y Simon critican a Fuller (1978) por decir que el policentrismo es incompatible con la tarea judicial, pero proponen un mecanismo —la negociación— que de hecho se asemeja a la solución preferida por Fuller: en casos que involucran problemas policéntricos, Fuller sostiene que debería sustituirse la decisión judicial por “la dirección gerencial y el contrato” (Fuller, 1978, p. 398).



ciación entre las partes. No creo que lo mismo pueda decirse acerca de la Corte Constitucional colombiana en el caso de los desplazados, ciertamente no en la misma medida, pero en cualquier caso vale la pena llamar la atención sobre los riesgos involucrados en la elección de ciertos caminos que tienden a socavar la centralidad de la función de la Corte a la hora de definir los contornos del remedio que corresponda, en particular cuando se conectan tales elecciones con teorías de la legitimidad ajenas al ámbito judicial.

La experiencia de la Corte argentina en “Verbitsky” nos puede servir para extraer otra lección. He enfatizado a lo largo de este trabajo la necesidad de que las cortes sean sensibles a la distinta relevancia de la escasez de recursos según cuál sea el paradigma de control judicial aplicable. Cuando esto no ocurre, encontramos que las cortes pueden ser, dependiendo del caso, demasiado deferentes o, al revés, demasiado insensibles frente a los argumentos basados en la escasez esgrimidos por el gobierno. “Verbitsky” nos presenta un ejemplo de lo primero. Tal como expliqué más arriba, en casos como éste, debemos tener en cuenta que la afectación en cuestión depende directamente de acciones del propio Estado. Es un caso del paradigma del abuso, y en consecuencia las defensas de escasez no resultan procedentes. Por tal razón, la Corte argentina no se debería haber sentido conmovida por las dificultades presupuestarias que enfrentaba el Estado argentino a la hora de proporcionar lugares dignos de detención. Más que propiciar una larga —y previsiblemente infructuosa— negociación entre víctimas y victimarios, la Corte debería haber dispuesto medidas mucho más enérgicas que tendieran a remediar de inmediato la situación de abuso imperante.

A tal fin, se debe tener en cuenta una particularidad de este caso: depende de las cortes que una persona esté presa. Más aún, en el sistema argen-

tino, los jueces son personalmente responsables de que las condiciones de detención sean dignas, y en consecuencia su deber es no permitir que una persona sea detenida, o continúe detenida, en condiciones cercanas a la tortura. Esta potestad de los jueces (que, como dije, es también un deber) les da un enorme poder de presión sobre el Gobierno para que las condiciones de detención efectivamente mejoren. La habitual debilidad de las cortes para obtener remedios no deseados por el Gobierno en este caso no es tal, y esta circunstancia no debería ser desaprovechada. A mayor poder, mayor responsabilidad.

Con esto en mente, cabe preguntarse si en el caso de los desplazados la Corte colombiana fue suficientemente sensible a las diferencias entre paradigmas de control judicial. Si bien a simple vista no vislumbro en el caso aspectos propios del paradigma del abuso como en “Verbitsky”, o al menos no de manera obvia, sí parece ser el caso que de todos los problemas que el drama de los desplazados plantea, algunos pertenecen al paradigma de la inclusión y otros al de la escasez. El primero resultará aplicable en la medida en que no sea por falta de presupuesto sino por ineficiencia estatal que no se garantizan los derechos como corresponde. La Corte colombiana debería tomar nota de esta circunstancia, en particular a la hora de diseñar el remedio, pues cuando hay presupuesto asignado no hay mucho para discutir: es, antes bien, tiempo de ordenar.

Sin embargo, como dije antes, solo algunos aspectos del caso pertenecen al paradigma de la inclusión, ya que la escasez presupuestaria claramente es un problema central en el drama de los desplazados, y ello requiere el tratamiento de la cuestión a partir del paradigma de la escasez. Esto implica analizar la razonabilidad de las políticas públicas a la luz de la importancia constitucional de la necesidad social de la que se trate y de su magnitud económica.

CONCLUSIONES

En el paradigma de la escasez, derecho y remedio deben ir de la mano. Lo que es inconstitucional no es que las cosas estén mal, sino que el Estado no haga lo que es razonable hacer para evitar que estén mal. Por eso, las cortes sensibles a la escasez no tratan a los derechos como lo deseable y a los remedios como lo posible, sino que establecen una relación fluida entre ellos, de forma tal que unos y otros sean reflejo de lo que resulta razonable esperar del Estado, dados los valores y los costos involucrados. De esta manera, el paradigma de la escasez fuerza a las cortes a abandonar las grandes proclamas sin correlato en la realidad para establecer, en cambio, derechos con dientes.

En definitiva, el complejo de ilegitimidad se supera tomándose a la escasez en serio y ubicándola en su real dimensión, tanto en la definición del derecho como en lo atinente al diseño del remedio.

El proceso llevado adelante por la Corte Constitucional colombiana en el caso de los desplazados es un intento muy loable de achicar la brecha que separa nuestras aspiraciones de nuestras realidades, en un área en la que ni las reflexiones teóricas ni las experiencias prácticas son suficiente guía en este trance. Por esta misma razón es importante ser riguroso y señalar aquello que, desde la perspectiva que uno defiende, despierta algún reparo. Es en ese espíritu constructivo que deben entenderse las anteriores consideraciones.

REFERENCIAS

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Bergallo, P. (2006). Justicia y experimentalismo. La función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. En *Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bickel, A. (1960). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.

Bossuyt, M. (1975). La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. *Human Rights Journal*, vol. 8, n. 4, pp. 783-820.

Canon, Bradley C. (1982). A Framework for Analysis of Judicial Activism. En Stephen, H. y Lamb, C. (eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass. y Toronto, D.C.: Heath and Company.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2000). Derecho a la salud. Acceso al tratamiento para VIH/SIDA. En *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2000*. Buenos Aires: Catálogos Siglo Veintiuno de Argentina.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2001). Las enfermedades de la pobreza y el acceso a la salud pública. En *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*. Buenos Aires: Catálogos Siglo Veintiuno de Argentina.

Courtis, C. (2005). El caso *Verbitsky*. ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos? *Nueva Doctrina Penal*, vol.B, pp. 529-65.



- Cross, F. (2001). The Error of Positive Rights. *UCLA Law Review*, vol. 48, n.4, pp.857-924. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/33387/lcl2840p.pdf>.
- Eide, A. (1984). The International Human Rights System. En Eide, A., Eide, W. Barth, Gootatilake, S., Gussow, J. y Omawale (eds.), *Food as a Human Right*. Tokio: The United Nations University.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Filippini, L (2005, agosto 2). Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo. *Revista Lexis-Nexis Buenos Aires*, pp. 260-70.
- Fiss, O. (1978). Foreword. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, p. 1.
- Fiss, O. (1978). *The Civil Rights Injunction*. Bloomington, Indiana: University Press.
- Fiss, O. (1999). *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*. Boston: Beacon Press.
- Fiss, O. (2003). The Right Degree of Independence. En *The Law as It Could Be*, New York y Londres: New York University Press.
- Fiss, O. (2003). The Social and Political Foundations of Adjudication. En *The Law as It Could Be*, New York y Londres: New York University Press.
- Fiss, O. (2005). Models of Adjudication. *Cader nos Direito GV*, n. 8.
- Fresneda, O. (2007). La medida de necesidades básicas insatisfechas (NBI) como instrumento de medición de la pobreza y focalización de programas. Bogotá: CEPAL. Recuperado en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/33387/lcl2840p.pdf>.
- Fuller, L. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 92, p. 353.
- Gargarella, R. (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Gewirtz, P. (1983). Remedies and Resistance. *Yale Law Journal*, vol. 92, p. 585.
- Grosman, L. S. (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Harvard Law School Human Rights Program (1995). *Economic and Social Rights and the Right to Health. An Interdisciplinary Discussion Held at Harvard Law School in September, 1993*, Cambridge, Mass.: Harvard Law School Human Rights Program.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nueva York y Londres: W. W. Norton & Company.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez Garavito, C. A. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rose, C. (2003). Who Is Responsible for Fundamental Rights? Some Perspectives from the Present and the Past. En AA. VV., *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Recuperado en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/erose.pdf>.

Saba, R. (2004). (Des)Igualdad estructural. En Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*. Buenos Aires: 2004.

Saba, R. (2005). Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional. En AA. VV., *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization Rights. How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, vol. 117, p.1015.

Schuck, P. (2005). The Judicial Power in a Democracy. En AA. VV., *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Recuperado en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/SchuckPaperEnglishSELA2004.pdf>.

Sunstein, C. (1994). The Anticaste Principle. *Michigan Law Review*, vol. 92, p. 2410.

Sunstein, C. (1996). Against Positive Rights. En Sajó, Andrés (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application*. La Haya: Kluwer Law International.

Sunstein, C. (2000). American Advice and New Constitutions. *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, p. 173.

Sunstein, C. (2002). State Action is Always Present. *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, p. 465.

Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Nueva York: Basic Books.

Van Hoof, G. J. H (1984). The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. En Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*. Utrecht: M. Nijhoff.



Claudia Dangond-Gibsone

Decana Académica. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales.



El Congreso en Colombia

Por: Claudia Dangond-Gibson

INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en hacer un balance de la Constitución de 1991, uno de los temas que mayor repaso merece es sin duda el de la manera como se ha comportado, a partir de las reformas introducidas, el órgano más emblemático de la democracia colombiana: el Congreso de la República. ¿Fueron acertadas las medidas que se adoptaron en la Carta? ¿Recuperó la legitimidad que se había resquebrajado?

Se trata de un tema mayúsculo si aceptamos que los parlamentos son la máxima expresión de la democracia y que su funcionamiento es consustancial a la calidad y a la legitimidad de la misma.

Con esto, vale la pena entonces recordar que en la región, y Colombia no es la excepción, nos encontramos ante la existencia de sistemas presidenciales, en los que el papel del Congreso resulta fundamental a la hora de pensar en el equilibrio y la colaboración de los poderes en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, pero también en cuanto órgano insigne de la democracia representativa.

Este capítulo presenta una revisión de las reformas más relevantes que se introdujeron al Congreso con la Constitución de 1991 y presenta algunas reflexiones sobre la efectividad de tales reformas.

En primer lugar, se planteará cómo el Congreso fue durante varios años una piedra en el zapato para hacer realidad una Asamblea Nacional Constituyente. Posteriormente y a partir de lo anterior, se demostrará el porqué era necesario reformar dicha institución. En tercer lugar, se hará una breve descripción de la manera en que la Asamblea Nacional Constituyente, una vez elegida e instalada, se organizó por comisiones encargando a una de ellas del tratamiento de tema de este capítulo, y se abordarán las reformas y los grandes debates alrededor de los cuales se introdujeron las reformas aprobadas el 4 de julio de 1991. En un siguiente acápite, se revisará la reforma posterior a la Constitución de 1991, su pertinencia y eficacia. Finalmente, el segmento conclusivo dedicará unas líneas a revisar qué se logró y qué desafíos quedan pendientes aún, 20 años después.

EL CONGRESO; UNA PIEDRA EN EL ZAPATO PARA HACER REALIDAD UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Uno de los temas que llevó a que se consolidara el movimiento por la séptima papeleta y que presionó la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en 1991 fue la necesidad por reformar el Congreso.

No fueron pocas las veces que se propuso una modificación sustancial de la Carta de 1886 y, sin

excepción, cada vez fue imposible completar el proceso debido, por un lado a la rigidez que la misma Constitución contemplaba, pero también a la desidia mostrada por el órgano legislativo para emprender tal tarea.

Los argumentos de la entonces Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reiteraban cómo sólo el Congreso tenía la potestad constitucional para reformar la norma de normas, por lo que pensar en una constituyente era inconstitucional.

No obstante todos esos argumentos jurídicos, finalmente se impuso la voluntad del constituyente primario y el 3 de mayo de 1990 el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades de estado de sitio (artículo 121 de la Constitución de 1886), expidió el Decreto 927 que autorizó la tarjeta electoral para convocar una Asamblea Constituyente. En este mismo sentido y con mayor precisión y contundencia, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, en la sentencia sobre el Decreto Legislativo 1926 de 1990 "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público" y que convoca la Asamblea Constitucional: Ref. Expediente No. 2214 (351-E) (Asamblea Constitucional), con ponencia de los magistrados Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

DE CÓMO ERA NECESARIO REFORMAR EL CONGRESO

Dentro de las consideraciones del Decreto, se dijo textualmente que era "urgente el fortalecimiento institucional para retornar a la normalidad y para superar la situación permanente de perturbación del orden público". Y es que uno de los factores que más afectaba la institucionalidad en Colombia era precisamente la gran inconformidad que sobre el Congreso de la República tenía

la ciudadanía. Algunas de las causas que habían generado este malestar eran:

- Negligencia e incapacidad en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.
- Era el símbolo de la decadencia de las instituciones y de la clase política dominante.
- Sus miembros no tenían credibilidad y su reputación era muy mala.
- Cada vez eran más los escándalos sobre como repartían becas, puestos y auxilios, a cambio de votos.
- La crisis estructural del Congreso había generado la sensación de vivir bajo una "monarquía presidencial de origen popular" (Rodríguez, 1991).

Alfonso Palacio Rudas resume esta situación señalando que los debates sobre el tema del Congreso en la Comisión encargada de su estudio generaron "duras y mordaces críticas acerca del clientelismo, el nepotismo, los auxilios y los viajes parlamentarios alrededor del mundo, sufragados por las arcas del Estado, y el desgüeño con el cual sus miembros trataban los problemas nacionales. Las voces de inconformidad y de protesta que se levantaron y extendieron a lo largo y ancho de la geografía para descalificar las conductas personales indebidas de los legisladores, dejaron bien claro que las vigentes normas constitucionales respecto de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, en la praxis resultaron insuficientes".

Tan complicada era la situación del Congreso que aun las funciones que tenía las endosaba al poder ejecutivo a través de facultades extraordinarias, poder que utilizaba casi que de forma permanente, a partir de los estados de excep-



ción que contemplaba la Carta y así, la iniciativa legislativa, propia del Congreso, se había trasladado al Ejecutivo.

El control político era casi inexistente y se limitaba a unos cortos e insulsos debates sin consecuencias políticas.

Todo lo anterior hacía imperativa una reforma orgánica del Congreso y en lo posible que se propiciara su renovación.

LA ORGANIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (ANC)

De las cinco comisiones en las que se dividió la ANC, a la tercera le correspondió el estudio de los temas de gobierno, Congreso, fuerza pública, régimen de estado de sitio y relaciones internacionales. De ella formaron parte los delegatarios Álvaro Echeverry Uruburu, Antonio Galán Sarmiento, Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Arturo Mejía Borda, Antonio Navarro Wolf, Luis Guillermo Nieto Roa, José Matías Ortiz Sarmiento, Rosemberg Pabón Pabón, Alfonso Palacio Rudas, Guillermo Plazas Alcid, Abel Rodríguez Céspedes, Miguel Santamaría Dávila, Fabio de Jesús Villa Rodríguez, Hernando Yepes Arcila y Alfredo Vásquez Carrizosa, quien la presidió.

Desde su constitución, los miembros de la Comisión se dieron a la tarea juiciosa de estudiar las diferentes ponencias que los constituyentes habían presentado y que quedaron recogidas en el *Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria* (*Gaceta Constitucional* No. 54, de abril 17 de 1991).

Los temas que fueron objeto de debate en el seno de la Comisión y que luego fueron llevados a la Plenaria de la ANC fueron los siguientes.

Bicameralismo o unicameralismo

Una de las primeras y más importantes discusiones que se surtió tuvo que ver con la propuesta presentada por el constituyente Álvaro Echeverry Uruburu, en el sentido de convertir al Congreso en un cuerpo unicameral, con el argumento de que el bicameralismo se justifica en sistemas federales y en que la función del Legislativo se agilizaría notablemente.

No obstante estos argumentos, tanto la Comisión primero, como la plenaria después, optaron por el mantenimiento del Congreso bicameral considerando como beneficios “su moderación en el desenvolvimiento político, el reposado y reflexivo cumplimiento de la labor legislativa y la aptitud para fungir serenamente la función de contrapeso que le compete en el conjunto de las instituciones del poder” (*Gaceta Constitucional* No. 54, de abril 17 de 1991).

Composición y funciones del Congreso

Adoptado el bicameralismo, correspondió discernir todo lo referente a la composición del Congreso, la forma en la que se elegían los parlamentarios, su procedencia, así como las funciones que debería asumir el órgano legislativo.

En cuanto a lo primero, vale la pena señalar que hubo una primera modificación por cuanto se introdujo la circunscripción nacional para una de las dos cámaras y se mantuvo la territorial para la segunda. La intención del Constituyente fue la de garantizar una mayor representatividad en el Congreso y consolidar la vocación nacional del órgano, liberándolo un poco de las presiones eminentemente regionales que hasta el momento habían caracterizado la dinámica parlamentaria. Ello obedeció también a la naturaleza de Colombia como república unitaria pero descentralizada (artículo 1).

Junto con este importante cambio, con el fin de fortalecer la democracia representativa, se creó también la circunscripción especial con dos curules para los indígenas que, dicho sea de paso, fueron realmente incorporados en la Constitución y reconocidos y reivindicados con sendos derechos. Adicionalmente, a los ciudadanos colombianos que residen en el exterior se les facilitó el derecho al sufragio.

En 2005, mediante el Acto Legislativo 3, se modificó el artículo 176, creando la circunscripción internacional, con lo cual se garantizó la elección de un representante a la Cámara contabilizando los votos que se depositen fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior. Igualmente se amplió la base de habitantes para elegir representantes de la circunscripción territorial. En esta reforma se redujo de cinco a cuatro el número de representantes por la circunscripción especial.

Además, como resultado del proceso constituyente, el Congreso recuperó importantes funciones que habían sido incluso privativas del Presidente de la República. Podríamos decir que se “equilibró” el poder de las ramas. Entre otras materias, corresponde ahora al Congreso regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora, así como expedir las leyes de intervención económica que ordena la Constitución en su artículo 334. En fin, el órgano legislativo recuperó la iniciativa legislativa en varios temas (artículo 150 de la Constitución de 1991).

Pero tal vez lo más relevante en esta materia y que sin duda contribuyó a fortalecer el poder del Congreso, fue la posibilidad que se le otorgó de ejercer moción de censura sobre los ministros por razones propias del cargo. Se trata de la posibilidad plena de ejercer control político sobre la rama ejecutiva del poder público, con lo cual el órgano legislativo recuperó su independencia

frente al Ejecutivo pues se fortaleció su capacidad fiscalizadora. El Acto Legislativo 1 de 2007 modificó parcialmente los artículos constitucionales que se refieren a esta materia y, aunque fue demandado, la Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar por ineptitud de la demanda en un caso (Sentencia C-803 de 2008) y en otro declaró exequible el Acto porque no encontró vicios de procedimiento (Sentencia C-757 de 2008).

Reunión, funcionamiento y trámite de las leyes

Una de las principales críticas al Congreso consistía en el tiempo que dedicaba a trabajar y a ejercer sus funciones. Su desprestigio estaba fundado en que su tiempo de trabajo era de máximo cinco meses al año o menos.

El Constituyente de 1991, consciente de que para recuperar la confianza del pueblo en su Congreso era menester aumentar el tiempo de trabajo efectivo, consagró no uno sino dos períodos de sesiones al año, con lo cual, al menos por mandato constitucional, se tiene un órgano legislativo trabajando permanentemente.

Igualmente se previeron algunas normas sobre la organización interna y el trámite de las leyes, todo lo cual pretendió contribuir a la transparencia en el quehacer legislativo. Con ello, para las materias fundamentales sobre las que legisla el Congreso, se previeron unos tipos de leyes especiales: las orgánicas y las estatutarias, para cuya aprobación se exigieron unas mayorías especiales y unos trámites adicionales para su revisión de constitucionalidad, entre otros.

Inhabilidades e incompatibilidades

Ahora bien, con miras a mejorar la imagen y a recuperar la reputación de los congresistas, también se introdujeron algunas medidas tendientes



a proscribir aquellas prácticas inmorales que habían minado tanto la credibilidad como la eficiencia del Congreso y de sus miembros. Algunas de estas determinaciones fueron:

- Se abolieron los suplentes y se instituyó que cuando se produzca una falta absoluta del congresista elegido, entrará a remplazarlo el candidato no elegido de la misma lista según el orden de inscripción¹.
- Se suprimieron los auxilios parlamentarios por cuanto estas “ayudas decretadas para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo”, que fueron originalmente autorizadas por los artículos 76, numeral 20; 78, numeral 5; 79, inciso 3; y 187, numeral 3 de la Constitución de 1886, se habían “convertido en una de las más importantes razones de desprestigio del Congreso Nacional, por el mal uso que un número creciente de congresistas” había hecho, al punto que era común creer que eran fuente de lucro personal y recurso financiero para las campañas electorales. (Gaceta Constitucional). Eran, sin duda, el símbolo más fehaciente de la corrupción del Congreso.
- Se exigió exclusividad con la única excepción de la cátedra universitaria (artículo 180 de la Constitución de 1991).
- Se prohibió el turismo parlamentario, salvo que se trate de viajes en cumplimiento de misiones específicas, aprobados al menos por las tres cuartas partes de los miembros de la respectiva cámara.

¹ Disposición modificada por el Acto Legislativo No. 03 de 1993 (artículo primero): “Las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral”.

Con el régimen de inhabilidades se quiso evitar que personas que habían cometido delitos, o que habían incurrido en conductas contrarias a la ética, ocuparan los escaños del órgano más emblemático de la democracia colombiana, mientras que con el régimen de incompatibilidades se buscó profesionalizar la labor parlamentaria exigiendo, como se dijo atrás, una dedicación exclusiva y un comportamiento impecable de tal suerte que la conducta y el ejercicio parlamentario se logran ajustar a las reglas de la moral y la ética.

A lo anterior contribuiría el régimen de sanciones previsto para cuando se incurriera en conductas transgresoras de los códigos disciplinarios y penales. Llegó incluso a preverse la pérdida de la investidura como máxima sanción disciplinaria, a castigar el ausentismo y la inmoralidad de los llamados “padres de la patria” con sanciones ejemplares.

PERTINENCIA Y EFICACIA DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL ÓRGANO LEGISLATIVO, CON POSTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Como ha quedado indicado atrás, han sido varias las reformas que a lo largo de estos 20 años se han introducido a la Carta Política en lo que toca con el Congreso de la República. Una de las más importantes y tal vez discutibles y discutidas es la que contiene el Acto Legislativo 1 de 2009, que modificó el artículo 134 de la Constitución.

Con él, si bien se ratificó el hecho de que no existe la figura de las suplencias para los miembros de las corporaciones públicas, se estableció que cada partido político que tenga a uno de sus miembros con procesos judiciales en firme por vínculos con grupos armados al margen de la ley, no tiene la posibilidad de remplazar al congresista judicializado por el siguiente en la lista electoral.

Es decir, se institucionalizó una figura que han convenido en denominar “la silla vacía”, con la cual se trata de hacer responsables a los partidos políticos por los candidatos a los que prestan su aval.

La figura de la silla vacía tiene aplicación en la medida en que el congresista del que se trate tenga un proceso judicial resuelto, en firme, siempre que no sea un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación.

La medida resulta relevante, entre otras razones, por cuanto no han sido pocos los casos en los que se ha iniciado investigación a parlamentarios por vínculos con actores al margen de la ley. Son procesos que se enmarcan en un fenómeno que coloquialmente se conoce bien como “farcpolítica”, cuando se trata de miembros del Congreso acusados de tener vínculos con el movimiento guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), o como “parapolítica”, cuando el nexa es con las autodefensas o paramilitares. Actualmente, “hay más de 45 congresistas entre investigados y detenidos por el proceso de la parapolítica”² y de la farcpolítica y continúan las investigaciones por estas causas o conexas a ellas.

Uno de los efectos más interesantes de esta reforma consiste en que es un mensaje muy claro a los partidos políticos que en los últimos tiempos, y a propósito de las reformas que se han venido introduciendo también en los últimos años, se han convertido más en empresas que suministran avales con la sola consideración del número de votos que el candidato traiga “amarrados”, omitiendo casi por completo los aspectos programáticos, ideológicos, éticos, que deben rodear la conformación de una lista o la presentación de una persona como representante de una colectividad política.

Desafortunadamente nada de esto ha sido suficiente para recuperar la legitimidad del Congreso de la República de Colombia. Basta revisar, por ejemplo, el estudio sobre Cultura Democrática en Colombia, 2010, que incluye una serie de preguntas para medir la confianza de los ciudadanos en las instituciones políticas y sociales del país. Como lo muestra el gráfico, el Congreso está entre los últimos cinco lugares, con apenas 49,5%.

Confianza en las instituciones de Colombia, 2010

Recientemente, durante la legislatura que se encuentra vigente mientras este texto se escribe (septiembre de 2011), son varias las propuestas que se han presentado desde la presidencia del Congreso, todas ellas que contravienen abierta y claramente el espíritu que tuvo el Constituyente de 1991 al redactar los artículos que regulan el funcionamiento del órgano legislativo.

Hemos dicho cómo con la Constitución de 1991 se trató de rescatar el buen nombre y la imagen de Congreso y congresistas a partir de superar unas prácticas que terminaron llevando a faltas éticas y morales de los distinguidos parlamentarios. Pues bien, ahora parecen querer revivir los exorbitantes privilegios, tales como la inmunidad parlamentaria³, o evitar los llamados de atención a las reiteradas inasistencias de los miembros del Congreso. Se pretende, en suma, volver casi al estado anterior a la Constitución de 1991 en materia de lo que fueron esos privilegios de congresistas, con lo cual se hace un flaco favor a la institución del Congreso y por ende a la democracia en sí misma considerada.

De otra parte, al revisar la manera en que ha ido evolucionando la institución del Congreso, es

2 *El Espectador* (agosto 3 de 2011). Por la inmunidad Parlamentaria.

3 *Ibid.* El Presidente del Congreso retiró la propuesta y pidió excusas.



necesario reconocer que hay dos debates que se presentan recurrentemente y que eventualmente valdría la pena profundizar. El primero tiene que ver con repensar la idea del tipo de régimen que más conviene a Colombia: si uno presidencial como el que actualmente tiene, o si se introduce uno parlamentario, en el que el Congreso vendría a tener un rol protagónico en cuanto que la autoridad ejecutiva emana de la legislativa ante la cual es responsable; el Parlamento constituye la autoridad suprema. Por supuesto, ello implicaría revisar también todo el sistema de partidos políticos. Este modelo fue desarrollado en Europa Occidental, en particular en Gran Bretaña, y es el que normalmente han adoptado los experimentos democráticos llevados a cabo en Europa Oriental, Asia, África y el Caribe angloparlante, y se caracteriza también por la existencia de elecciones libres y competitivas.

El otro debate que podría volver a plantearse es el de si, dadas las condiciones y visto que la doble circunscripción electoral para el Congreso ha sido mal utilizada y no ha producido ni mayor representatividad ni ha consolidado la vocación nacional que se quería, conviene pensar en un Congreso unicameral, entre otras razones por cuanto al parecer se quiere cada vez más profundizar la descentralización.

CONCLUSIONES

Al repasar, como se ha hecho en este capítulo, las reformas introducidas al Congreso, su motivación y el espíritu del Constituyente, no parecería haber duda acerca de los aciertos que, al menos en el papel, se incluyeron.

No obstante, veinte años después, y pasadas también varias reformas a la Carta Política, es posible decir que, si bien el espíritu fue el adecuado, las normas bien fundamentadas, los problemas

correctamente identificados, la reforma al Congreso no ha tenido los desarrollos, ni ha dado los resultados, ni ha producido los cambios que se esperaba tener.

En realidad, al parecer el problema, más que de ajuste normativo, o más que de cambiar en el papel, es de cultura. Ninguna de las medidas que se introdujeron ha servido para recuperar la moralidad del Congreso, ni tampoco su prestigio como institución emblemática de la democracia representativa. De una u otra manera las normas han sido burladas y el espíritu del Constituyente de 1991 ha sido ignorado y soslayado. Si bien no existe la figura de los suplentes, sigue existiendo aquella nefasta cultura de “repartirse” el tiempo del período para el cual fuera elegido uno de los parlamentarios. Los escándalos que desde hace veinte años registra la prensa son tan deleznable o peores que los registrados antes de la Carta de 1991. Así, la supresión de las suplencias, que se había hecho para impedir que los congresistas pactaran componendas electorales y que por esa vía ocuparan las curules personajes grises o que se evadieran las responsabilidades propias del cargo, terminó siendo una medida inocua.

La reforma más relevante, la función de control político que se le otorgó al Congreso, apenas si ha sido utilizada. No parece haber voluntad por parte de los congresistas por recuperar su independencia respecto del poder ejecutivo, pues siguen imponiéndose las viejas prácticas clientelares que más que colaboración entre ramas, sugieren “negociaciones” de posiciones a cambio de votos por un determinado proyecto, etcétera.

Y por si lo anterior fuera poco, la función legislativa del Congreso y sobre todo su contundencia, se ha visto menguada por la acción de la rama judicial, concretamente de la Corte Constitucional, que con sus sentencias parece estar legislando a veces más que el propio Congreso de la República.

REFERENCIAS

- Acto Legislativo No. 01 de 2002.
- Acto Legislativo No. 03 de 1993.
- Acto Legislativo No. 03 de 2005.
- Ajenjo, N. (2004). El papel y la función de los parlamentos centroamericanos: cuatro casos comparados. *América Latina Hoy*, No. 38, pp. 125-139. Ed. Universidad de Salamanca.
- Alcántara, M. y Sánchez, F. (2001). Veto, insistencia y control político en América Latina: Una aproximación institucional. *Perfiles latinoamericanos*, No. 19.
- Constitución Política de Colombia. Edición a cargo de Mario Madrid Malo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-757 de 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia C-803 de 2008.
- Dangond-Gibson, C. (2011). *El papel del legislativo en la política en América Latina*. Exposición en la conferencia Los partidos políticos y la calidad de la democracia en América Latina: desafíos para un nuevo liderazgo, FIAPP, Cartagena.
- Decreto Legislativo 1926 de 1990.
- Decreto Legislativo 927 de 1990.
- El Espectador* (agosto 3 de 2011). Por la inmunidad Parlamentaria.
- Gaceta Constitucional*, mayo 22 de 1991.
- García Montero, M. La actividad legislativa en América Latina: sobre el papel reactivo y proactivo de Presidentes y Parlamentos. *Lateinamerika Analysen* 17, 2/20076, S. 3-222 Haburg: ILAS.
- Mainwaring, S. y Soberg, M. (2002). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- Nieto Roa, L. et. al. (1991, mayo 20). Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata, Control a los Auxilios Parlamentarios. *Gaceta Constitucional*.
- Palacio Rudas, A. (1992). *El Congreso en la Constitución de 1991. Del edificio Fénix al Centro de Convenciones*. Colombia: Tercer mundo Editores.
- Rodríguez Raga, J. y Seligson, M. (2010). *Cultura política de la democracia en Colombia, 2010. Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles*. Bogotá: Latin American Public Opinion Project, LAPOP, Vanderbilt University.
- Rodríguez, A. (1991). El nuevo Congreso. En *Constitución 1991. Nuevo País. Foro*, No. 16, Bogotá.



Rodrigo Pombo Cajiao

Abogado de la Universidad Javeriana. Master en Acción Política y participación ciudadana en el Estado de Derecho de las Universidades Francisco de Vitoria y Rey Juan Carlos de Madrid-España. Especializado en derecho administrativo en la Universidad Javeriana. Diplomado en contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Diplomado en Comunidad Europea de la Universidad Francisco de Vitoria de Madrid-España. Diplomado en Teoría Política de la ODCA. Diplomado en Teoría Política de la UPLA. Hizo hasta IV semestre de Filosofía en la Universidad Javeriana. Profesor universitario. Experiencia laboral en derecho constitucional y administrativo así como en el sector de comunicaciones.



La concepción territorial, su ordenamiento y organización

“Una de las grandes decisiones de cualquier régimen constitucional consiste en definir su forma de organización administrativa”

Jorge Enrique Ibañez Najjar

Por: Rodrigo Pombo Cajiao

Tal y como lo afirma la politóloga Alejandra Monteoliva Wilches “la construcción territorial (de Colombia) no ha sido abordada en el país como un problema público, sino como condición dada” (Monteoliva).

La Constitución Política de 1991 y su regulación sobre este trascendental tema, —el de la concepción territorial, su ordenamiento y su organización—, no escapó a esta realidad y, me temo, de seguir encuadrados y obstinados por la construcción de un Estado Nacional Moderno no emergeremos nunca de una simple técnica legislativa tan desarticulada como anacrónica de nuestra realidad territorial.

Así las cosas, el presente artículo pretende efectuar un análisis crítico de la Constitución Política de 1991 en relación con la concepción allí asumida del ordenamiento territorial. Todo ello en aras de ofrecer luces para alcanzar en la próxima constitución política¹ unas herramientas académicas de

naturaleza jurídica y una visión política del asunto, acompasados de las tendencias universales actuales y del sentido de la era contemporánea.

INTRODUCCIÓN

A propósito de la celebración de los 20 años de la Carta Política colombiana, bien vale la pena realizar un sosegado estudio de sus bondades y debilidades bajo el entendido inicial de que todo análisis en ese sentido tendrá como propósito ulterior defender la Constitución, el espíritu que la acompaña y los evidentes logros sociales alcanzados.

No obstante lo anterior, cabe manifestar que la Carta tuvo enormes aciertos políticos e históricos, no así jurídicos. La visión política doblegó casi

condiciones históricas y atendiendo a lo ocurrido en los últimos años en Colombia, más un sentimiento patrio relativamente arraigado en la comunidad a favor de los procesos negociados para la paz, en menos de 15 años se celebrará un acuerdo de paz con la organización narcoterrorista de las Farc (muy probablemente con el ELN también), el cual concluirá en la elaboración de una nueva Constitución Política.

1 La opinión de quien esto escribe es que por las

por entero la técnica jurídica de un texto en el que se confunden las dos nociones, el político, para la creación, edificación y estructuración de un estado, y el jurídico, para la consolidación y fundamentación de todo el ordenamiento jurídico que lo sigue (Schmitt; Wheare y López y otros).

Insisto entonces en que en cuanto a su contexto histórico, en lo que hace a su espíritu² y en lo que tiene que ver con su valor político, me parece que la ley fundamental se puede calificar más positiva que negativamente. Sin embargo, la técnica jurídica que exige coherencia, ilación, sistematización adecuada, entre otros aspectos que resultan esenciales para la legitimación³ y eficacia del texto, fueron las características ausentes y dominantes de un documento apócrifo que versó más sobre la órbita de un pacto político de paz que sobre la construcción de un estado organizado con un sistema jurídico ejemplar.

La crítica entonces no tiene como ancla las vías de hecho que se utilizaron para sustituir la Constitución de 1991, ni el arrodillamiento de toda una sociedad frente a los terroristas que exigían como único medio para exigir la paz la modificación de “la ley de leyes”, ni mucho menos el quebrantamiento absoluto de las tesis de la legitimidad de autores tan reconocidos en el mundo del derecho constitucional como Ignacio de Otto o Benjamin Constant.

Esta crítica estriba en que me parece tan inconcebible como perjudicial el hecho de que la constitución política de todo un estado no haya sentado claras y transparentes bases para regular uno de los

2 Me refiero con esto a las ideas, costumbres, añoranzas e ideales que la motivaron.

3 “Por Constitución entendemos, siempre que hablamos con propiedad y con exactitud, el conjunto de leyes, instituciones y costumbres que, deducidos de ciertos principios racionales, constituyen el sistema general por el que la comunidad a admitido ser gobernada” Wheare, p. 8.

tres elementos esenciales del mismo, a saber, el elemento físico o territorio (Naranjo; Ibañez⁴).

El hecho de que al momento de su expedición no se hubiesen definido ni los capítulos, ni los títulos, ni la organización de sus artículos, ni que la mayoría de sus cláusulas se hayan aprobado en definitiva y a consciencia por los constituyentes secundarios, dice mucho de lo que se podía esperar a la hora de aplicar el texto jurídico fundamental (Ibañez). No en vano el Constituyente Alberto Zalamea criticó la aprobación de un ‘texto’, a la sazón inexistente y sobre el cual se fincaban más esperanzas políticas que realidades jurídicas.

Tal vez el tópico del ordenamiento territorial es uno de los que más evidencia la falta de unidad de criterio, de técnica jurídica y de una visión afinada en las tesis contemporáneas que lo rigen, a saber: el protonacionalismo y la glocalización. (Anderson y Hobsbawn).

De manera que el presente artículo estudiará a través de aspectos más enunciativos que descripti-

4 “En la Asamblea Nacional Constituyente se plantearon varios, disímiles y contrapuestos (proyectos) unos respecto de otros. Algunos, comenzando por el propio gobierno, propusieron las bases de un sistema federal o al menos semifederal. Otros, propusieron un régimen autonómico tanto para sus entidades territoriales como para otros órganos del Estado. [...] El asunto fue tan dramático que faltando sólo tres semanas para que se disolviera la Asamblea Nacional Constituyente, sus integrantes aún no habían tomado la decisión definitiva de reformar o no el régimen territorial. Se pensó inclusive en no tocar ese tema y dedicarle un nuevo proyecto de reforma constitucional para resolverlo. Empero, se impuso el criterio de expedir una constitución, y antes que definir un nuevo modelo de organización territorial, se prefirió adoptar una nueva posición intermedia en la cual se diera cabida a todas las tendencias. Por ello la Constitución colombiana ya no tiene una orientación definida en esta materia sino que su ordenamiento territorial puede definirse como un conjunto de normas en las cuales se consagró una nueva expresión del compromiso en el cual, se repite, caben todas las tendencias, sin definición alguna, la cual se definió al legislador, puesto que los Constituyentes, en esta materia, simplemente no se pusieron de acuerdo” (Ibañez).



vos y proscriptivos, los principales problemas que presenta el ordenamiento y la organización territorial en Colombia a partir del discurso constitucional.

Los temas a abordar son: (i) el error histórico en el enfoque del ordenamiento territorial; (ii) la yuxtaposición conceptual entre descentralización y autonomía territorial, consagrada desde el mismo artículo primero de la carta; (iii) la ausencia de una teoría de la capitalidad y (iv) los efectos que en materia legislativa ello ha conllevado.

EL ERROR HISTÓRICO EN EL ENFOQUE DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

Nuestra Constitución se concibe, alcanza y expide en el año de 1991 (4 de julio), esto es dos años después de la caída del muro de Berlín, una vez finalizada la Guerra Fría, 46 años delante de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, tres décadas después del boom de la revolución social del 68 y cinco después del nacimiento de la Comunidad Europea, así como en pleno derrocamiento de la Cortina de Hierro, es decir, en plena era contemporánea.

Por aquella época, el afán de los estadistas, académicos, filósofos y dirigentes políticos del mundo, no residía (como sí lo era en los albores de la modernidad) en la creación de los mejores estados-nación. En un mundo altamente tecnificado, abiertamente globalizado, pequeño, cercano, con fuertes tendencias localistas, repartido ahora en bloques culturales más que en una diatriba entre dos superpotencias, ya se hablaba desde la década de los 70 de la “comunidad imaginada” que preside al Estado (Anderson), tesis reforzada en los 80 con las conferencias de Hobsbawn y otros académicos (Habermas) que tenían como propósito demostrar científicamente que el tradicional concepto de nación entendida como “una pers-

pectiva sociológica que encierra características culturales tales como la idiosincrasia, el lenguaje, la religión, las costumbres, entre otras, elementos alrededor de los cuales se construye la identidad de los pueblos” (Dangond), estaba mandada a recoger. La nación era un concepto necesario pero no suficiente para entender las nuevas dinámicas sociales y su relación con el territorio. La unión de la población a través de los factores objetivos como la raza, la religión, la historia común, la cultura y la lengua, son aspectos necesarios a considerar pero no suficientes para entender una realidad social aún más compleja. Así las cosas, pensar en la era contemporánea en construir un estado-nación como lo hizo el constituyente secundario de 1991, resultaba tan anacrónico como equivocado.

Actualmente, en nuestro tiempo, el factor subjetivo, el querer y el sentimiento de pertenencia de las personas que conforman tal comunidad política, es mucho más relevante a la hora de hablar de nación que los factores objetivos señalados. Ello, como veremos, se conoce con el término de protonacionalismo (Hobsbawn).

Insisto entonces en que para la época de la expedición de la Constitución de 1991 ya se hablaba en el mundo de protonacionalismo y de estados protonacionales, (Hobsbawn) como idea que superaba y evolucionaba el por entonces anacrónico estado nacional.

Con todo, el protonacionalismo entendido como “aquella comunidad política imaginada que tiene una clara conciencia de pertenecer o de haber pertenecido a una entidad política duradera, estable, ordenada, inherentemente limitada y soberana” (Pombo y otros), ni siquiera fue mencionado en los debates de la constituyente.

Así mismo, en aquel entonces no eran extrañas las tesis y los postulados de la “glocalización”

(Trujillo). En efecto, como lo enseña el profesor Augusto Trujillo Muñoz, “1) el rasgo más característico del vórtice de estos dos milenios abre la historia en dos vías que el mundo habrá que recorrer simultáneamente: la globalización y el localismo. De hecho los estados nacionales vienen reasignando funciones, hacia arriba como en la unión Europea o en la Comunidad Andina, por la necesidad de conformar grandes bloques y ponerse a tono con la internacionalización; pero también hacia abajo, como los procesos de descentralización que vienen promoviendo en todas partes del mundo, por cuenta del resurgimiento del fenómeno autonómico de lo local-regional, que se ha convertido en un signo de nuevos tiempos. 2) Los gobiernos nacionales se han vuelto demasiado pequeños para lo grande y demasiado grandes para lo pequeño: muy pequeños para manejar las fuerzas globales y muy grandes para manejar la vida diaria de los ciudadanos”.

Esa realidad, tanto académica como histórica, estaba allí, presente y pendiente de ser entendida y acogida por un ‘nuevo estado’ que surgiría de una nueva constitución política. Pero nada, eso no ocurrió en el seno de la Constituyente y se siguió observando la construcción del Estado en relación con el territorio casi igual que como la concibió Miguel Antonio Caro un siglo antes.

Ora por tratarse de un acuerdo de paz más que de una constitución política, ora por el desconocimiento y la ignorancia de los delegados, ora por querer construir deliberada y explícitamente un estado-nacional como el que nos vendieron y enseñaron los europeos una vez terminada la conquista y en pleno auge de la modernidad, al constituyente del 91 no se le ocurrió mirar por fuera de sus fronteras y dejar sentadas las bases del ordenamiento territorial de una vez y para la próxima centuria, me refiero a la posible constitución de un estado “protonacional” y “glocalizado”, por ejemplo, de un estado latinoamericano.

A duras penas se limitó a enunciar un tímido miramiento hacia Latinoamérica en su artículo 9. Nada más. Las novedades se encontraban en fórmulas como pretender alcanzar un estado autonómico o regional, o en la creación de las zonas de planificación macrodepartamentales, o en la asociación de los departamentos y los municipios a través de las regiones y de las provincias. Con todo, ciertamente, el reconocimiento y la creación de las entidades territoriales indígenas fue un claro ejemplo de la aplicación de las políticas y tesis glocalizadas, lo cual, de suyo, hay que aplaudir (ver capítulo XI de la Constitución Política).

Como se observa, todas las iniciativas gravitaban sobre un estado nacional y sobre las mismas formas de estado tradicionalmente diseñadas para acomodarse a los estados nacionales. Todas esas iniciativas miraban ‘hacia adentro’, huelga decir, hacia la conformación, escisión, fusión, asociación, etcétera, de las entidades territoriales tipo (municipios, departamentos y nación), pero ninguna propuesta apuntalaba a crear un estado protonacional y glocalizado que diseñara y construyera su andamiaje territorial bajo la lupa de una ‘comunidad imaginada’, superior a él, que la rebasase y complementase, que la superara en alcance y contenido y que le sirviera de apalancamiento a los estados miembros dentro de una nueva realidad mundial.

El territorio, comprendido como “un espacio geográfico calificado por una pertenencia jurídica” (Monteoliva) y cuyas virtudes son tan trascendentales como servir de ámbito jurídico para la aplicación del ordenamiento jurídico, o lograr identidad y cohesión social, o generar riqueza material y ambiental para la comunidad que lo habita, entre otros y, por supuesto, la de ser un elemento sin el cual ningún estado se puede erigir (Naranjo), se miró en la Constituyente como una pugna entre descentralistas al amparo de un estado unitario, y autonomistas al amparo de una



forma de estado autonómica o regional, o entre estos y los semifederalistas, entre otra serie de combinaciones pugilistas al respecto.

A los constituyentes y al Gobierno nacional de la época les pareció que ese era el debate 'de fondo' que había que dar. Ninguna aislada opinión acerca de la construcción de un estado que acogiese y comprendiese su ordenamiento y su organización territorial dentro de la óptica contemporánea. Para ellos la elevación de las intendencias y comisarías a departamentos o la elección popular de gobernadores y cosas de ese tipo fueron 'los grandes cambios' que requería la comunidad colombiana para proyectarse al nuevo milenio.

En una reciente investigación (2010) publicada en formato de Policy Paper por la Corporación Pensamiento Siglo XXI (Pombo y otros), se explican con más detalle y profundidad las características, los elementos, los alcances y las cuestiones de relevancia que debe tener un estado protonacional y glocalizado. Se hace una propuesta concreta para Colombia y se esbozan puntualmente las posibles funciones y competencias de las autoridades tanto supranacionales, como nacionales y locales, que lo rigen, con lo cual y por lo cual me abstengo de desarrollar aquí una extensa recopilación sobre el asunto.

Me limitaré a compartir que en susodicho documento se explica, al punto, lo siguiente: la necesidad para Latinoamérica (incluido Colombia) de constituir un estado supranacional y glocalizado que genere un bloque poderoso o por lo menos relevante en el ámbito internacional con autoridades supranacionales que lo representen, cohesionen y guíen. Ello seguido de entidades intermedias como lo son los estados nacionales (que no desaparecen sino se transforman), así como las provincias, los departamentos, etcétera, y, en el otro extremo, las entidades locales o municipales. En otras palabras, se pregona, explica y señala la

manera de acoger las tesis contemporáneas de la glocalización y el protonacionalismo para ponerlas al servicio de la comunidad política y sus necesidades.

En el Policy Paper aludido, se parte de una comprensión de la realidad geográfica diferente a la entendida comúnmente. Se señala cómo Colombia es un país marítimo más que urbano (casi 2/3 del territorio comprenden áreas marítimas); es un país plano más que andino y montañoso (más de 55% del territorio es plano); es un país cálido y templado más que frío (en efecto, 77% del territorio es templado y cálido); se entiende la realidad urbana, el proceso de colonialización vigente y actuante, así como el fuerte desplazamiento forzado de la sociedad civil y se indican los efectos de la absurda guerra contra el narcotráfico y los cultivos ilícitos.

Se elabora igualmente una mirada histórica de la organización y del ordenamiento territorial, señalando sus principales virtudes y fracasos, y se indican (que es lo más destacable) la oportunidad y el momento histórico que vivía Colombia en 1991 para adoptar la visión protonacional y glocalizada del estado contemporáneo.

A manera de conclusión, se escribieron las siguientes:

- La importancia de entender, comprender y socializar la relevancia del ordenamiento territorial entre nosotros.
- La trascendencia de contar con una verdadera ley de ordenamiento territorial.
- El llamado de atención sobre la evidente y profunda crisis por la que atraviesa el concepto tradicional del estado nacional a nivel mundial en la actualidad.

- La imperiosa necesidad de construir un estado contemporáneo sobre la base de la visión protonacionalista y glocalizada.
- En ese sentido, la necesidad de establecer la potencialidad de crear autoridades supranacionales para que los polos gravitacionales del ordenamiento territorial sean tanto las autoridades locales (municipales), como las supranacionales, y de esa forma se desplace a la nación de esos polos para convertirla en una típica autoridad intermedia.
- Se hace un llamado para clarificar al extremo las funciones, competencias y facultades de cada una de las entidades territoriales que conforman el Estado para evitar así la duplicidad de funciones, alcanzar la economía administrativa, la adecuada planificación de labores y gestiones, el mejor accountability y el más alto grado de empoderamiento social en la toma de decisiones públicas, así como el menor desgaste y el conflicto de competencias territoriales, entre otra serie de bondades.
- Se pregona la adopción de la teoría de la capitalidad y se señalan las virtudes de contar con una capital trashumante, que deje de ser Bogotá y cuya ubicación obedezca a criterios sociológicos, económicos y estratégicos.
- Se enarbolan las banderas del gobierno local asimétrico.
- Se invita a los lectores para abordar el tema del ordenamiento territorial colombiano desde una realidad geográfica, cultural y social distinta a la tradicional, en el entendido de que Colombia es un país preponderantemente plano, cálido, marítimo, urbano, en proceso de colonización aún y grandemente afectado por la política de las drogas.

En ese orden de ideas, los polos de gravitación territorial no serían la nación y el municipio o, en el mejor de los casos, el municipio solo. El ordenamiento territorial contemporáneo y glocalizado implica estructurar ese espacio geográfico calificado desde los polos de las autoridades supranacionales y desde la realidad municipal. Dentro de estos dos principales y superiores límites se instituyen las organizaciones intermedias (ya mencionadas). Todas ellas con claras, precisas y concisas funciones y competencias que eviten el traslape de las mismas, la dispersión de responsabilidad, el innecesario desgaste de recursos, todo lo cual genera ineficiencia en la gestión gubernamental, para dar paso a un fácil empoderamiento comunitario y un efectivo accountability social.

Por razón de su extensión, bástenos ahora acudir a ese texto y anotar que el constituyente del 91 fue beato al momento de entender la importancia y el verdadero rol del territorio en los estados contemporáneos. Las pruebas de lo afirmado saltan a la vista: no se habló nunca de protonacionalismo ni de glocalización en los debates constituyentes; 20 años después de promulgado el texto no se contaba con una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) a pesar de los más de 20 intentos legislativos para conseguirla; más aún, la LOOT (Ley 1454 del 28 de julio de 2011), aprobada y sancionada en el presente año, dista mucho de ser un código territorial como lo demanda la misma Constitución y como lo exige la realidad nacional (Pombo y otros; Ibañez). El ordenamiento territorial es un caos, su regulación es tan dispersa como contradictoria (incluso desde el mismo texto constitucional) y no existe claridad en cuanto a las facultades, las funciones y los alcances de las entidades que lo componen; ni siquiera existe unanimidad en cuanto a la forma de estado adoptada por el constituyente del 91 por la nebulosa zona sobre el particular a la que fuimos sometidos.



LA YUXTAPOSICIÓN CONCEPTUAL ENTRE DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA TERRITORIAL, CONSAGRADA DESDE EL MISMO ARTÍCULO PRIMERO DE LA CARTA POLÍTICA

A pesar de la claridad y el consenso conceptual que existen entre los estudiosos del derecho constitucional y administrativo, para enseñar y diferenciar las distintas formas de estado como lo son la federal, la confederal, el unitario simple o compuesto, el autonómico o el regional, etcétera (Vidal; SÁCHICA; Trujillo), lo cierto es que de manera equivocada el Constituyente incorporó en la definición de Colombia (artículo 1 Constitución Política) dos formas de estado diferentes: la simple compuesta (unitario descentralizado) y la autonómica.

Entiendo que en el argot político se utilice con frecuencia y buenamente la expresión autonomía para denotar cierto grado de independencia de las entidades de periferia frente al poder central dentro de un estado-nacional, incluso tal noción con frecuencia se confunde en los textos jurídicos de trascendencia⁵, sin embargo, no hay que perder de vista (como sí lo hicieron los constituyentes de la época) que la Constitución no solamente es el principal texto político sino el más importante texto jurídico (Bagehot). En consecuencia, era menester, a mi juicio, que la voluntad política se tradujera en expresiones técnicas y jurídicas para lograr un buen producto normativo.

Empero, ello, desafortunadamente, en muchos casos no ocurrió con la promulgación de nuestra suprema Carta jurídica. Uno de esos casos lo observamos, sin asomo de duda, en lo que hace a la organización territorial. Así, por ejemplo, encontramos la dicotomía conceptual desde la definición misma del Estado. Veamos:

«Artículo 1º.-

«Colombia es un Estado social de derecho, **organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales**, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (resaltado personal).»

Ahora bien, algunos notables tratadistas (Trujillo) tratando de evitar el evidente desenfoque de los constituyentes, minimizan el hecho explicando que no hay contradicción ninguna en tanto y en cuanto la descentralización se compagina estupendamente con la autonomía pues aquella debe ser entendida como un proceso cuya finalidad o puerto de llegada es la autonomía de las regiones. Se trata de una relación de género a especie y de un proceso con un objetivo específico: la autonomía territorial.

Por supuesto que estas bondadosas posiciones acrílicas poco tienen que ver con la realidad conceptual. Para el grueso de los profesores, investigadores y académicos, una cosa es la descentralización y otra, muy distinta, la autonomía (Chain Lizcano, SÁCHICA, Ibañez, Rodríguez, Vidal). Se trata de dos formas de estado distintas: la primera, propia de un estado unitario descentralizado, y la segunda, propia de un estado con entidades territoriales autonómicas o de regiones con capacidad para legislar, con una historia distinta, claramente diferenciada, y con características propias, un fuerte poder político y asimetrías de gobierno local, entre otros aspectos de suma importancia al momento de diferenciar una comunidad autonómica de un departamento como entidad territorial (Balaguer).

No es este el espacio para hacer un estudio sobre las distintas formas de estado y sus diferen-

5 Al respecto ver por ejemplo, sentencia C-497 de noviembre 3 de 1994. Corte Constitucional colombiana. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

cias, estudio, por demás, harto conocido por los expertos de la materia y bastante pacífico, salvo algunas aspas particulares.

Lo que quiero denotar es que por la poca técnica constitucional y por el enfoque preponderantemente político, desde la misma definición del Estado colombiano en el artículo 1 de la Constitución Política no se estableció con claridad si estábamos en presencia de un estado organizado a manera de república unitaria descentralizada (simple-compuesto) o si estamos en presencia de un estado autonómico o regional.

Evidentemente, nuestra historia republicana y nuestra comprensión jurídica nacional no dan lugar para comprender nuestro Estado de manera regional (Ibañez), como sí sucede, por ejemplo, en el Reino de España o en la República Italiana. Sin embargo, la confusión ha llevado a muchos malos entendidos y a no pocos injustificados desgastes políticos, administrativos y gubernamentales.

A cuenta de esa confusión in termine, se ha propuesto la creación de la Región Caribe, se ha pretendido elevar a la localidad de Bogotá a la categoría de ente territorial (Ibañez), entre otra serie de contradicciones, y nos hemos alejado por completo (por mirarnos el ombligo) de la construcción de un estado protonacional y glocalizado, más propio de la era contemporánea en la que nos encontramos sumergidos.

LA AUSENCIA DE UNA TEORÍA DE LA CAPITALIDAD ENTRE NOSOTROS

Otro de los efectos nocivos en la falta de claridad conceptual y en la poca técnica jurídica utilizada por los constituyentes en lo que tiene que ver con la organización y el ordenamiento territorial en Colombia, es el de la Teoría de la Capitalidad.

En un importante estudio desarrollado por la Universidad del Rosario de Bogotá, bajo la coordinación académica de los profesores Fernando Britto y Jaime Vidal, del año 2009, se desarrolló una importante crítica a la falta de claridad y delimitación conceptual sobre la Teoría de la Capitalidad, desprovveyendo a la capital de Colombia de un régimen profundamente especial y diferenciador.

No se trata de desconocer que la Ley Fundamental en el título XI y en su capítulo 4 (todos esos títulos inventados ex post a la promulgación de la Carta), especialmente a partir del artículo 322 en adelante, reguló el asunto de Bogotá como Distrito Capital.

Empero, esa regulación no se compagina ni obedece a una Teoría de la Capitalidad como si sucede, por ejemplo, en los estados que adoptan la forma de estado federal (Britto y Vidal).

Nuestra capital cuenta con normas especiales pero no considerablemente diferentes a las de otros distritos especiales como Barranquilla, Santa Marta o Cartagena. Por el contrario y dentro de la misma línea argumental que acompasa estas palabras, no se estableció, por ejemplo, la posibilidad de que Bogotá dejase de ser la capital de la República; no se profundizó grandemente en las razones por las cuales en pleno siglo XXI Bogotá debe continuar siendo la capital de Colombia; como tampoco se ha analizado a profundidad la posibilidad de rotar periódicamente la capital a lo largo y ancho del territorio nacional en desarrollo y ejecución de las tesis descentralizadoras que nos rigen (Pombo y otros).

Entre nosotros, pues, no existe una Teoría de la Capitalidad que subyace a la Constitución Política de 1991. Inexplicablemente se continúa con Bogotá como centro del poder político cuando las exigencias de un Estado cada vez más urbanizado como el nuestro (Rojas) requieren soluciones de



fondo a esta problemática. Ya de por sí existe una desmesurada concentración y centralización del poder económico en Bogotá, como para seguir perpetuando la concentración y centralización de su poder político.

Cabe recordar que el tema del ordenamiento territorial y la creación de polos de desarrollo urbanos descentralizados trae consigo consecuencias enormes en la concepción de la política (Pombo y otros), en el desarrollo económico más equilibrado del territorio (Jolly), en aspectos ambientales (Leal) y, por supuesto, en situaciones tan sensibles y trascendentales como la legitimidad del poder, la gobernabilidad y los asuntos de criminalidad en el territorio (Monteoliva, Solano).

Por lo mismo, hablar de una Teoría de la Capitalidad entre nosotros es fundamental. Una capital que cuente con sus propios gobernantes, con su propia seguridad pública (policía autónoma), con su propio territorio, que no sea bicéfala para ser simultáneamente capital de dos entidades territoriales (nación y departamento), que jalone el desarrollo económico y busque equilibrar los notables desequilibrios y desajustes financieros entre las regiones, que ayude a enfrentar efectivamente los grandes problemas de la urbanización frenética y cuya ubicación obedezca también a criterios geopolíticos, militares y ambientales, entre otros aspectos (Pombo y otros).

LOS EFECTOS QUE EN MATERIA LEGISLATIVA HA CONLLEVADO LA FALTA DE CLARIDAD CONCEPTUAL Y LA BEATA VISIÓN EN MATERIA DE DESARROLLO TERRITORIAL EN COLOMBIA

No podría esperarse algo distinto. Si la Constitución Política es norma de normas precisamente porque ella es la piedra fundamental del ordenamiento jurídico, la que cimenta las bases del Estado, la que lo crea y le da estructura (Sáchica) y la

que cuenta con la mayor y más transversal legitimidad política, y ella no cuenta con una claridad conceptual sobre el tema de la organización y visión de su territorio, resultarán siempre malogrados los resultados legislativos que pretendan desarrollarla; esto es, la regulación que a través de las leyes se consigue sobre el particular.

Por eso, 20 años después de la expedición de la Carta y al momento de celebrar su vigésimo segundo aniversario, no contamos con un verdadero estatuto territorial; seguimos enfrascados en discusiones bizantinas sobre la posibilidad y bondad de crear la Región Caribe; no hemos podido establecer ni mucho menos consolidar ciudades-región (Pombo y otros) y el caos territorial reflejado en diversidad de normas, en duplicidad de funciones y competencias de las autoridades territoriales, es el banquete de todos los días.

Seguimos penando la falta de claridad de los límites territoriales, incluso en la mejor y más adecuada forma de gobierno local, en la imposibilidad de llevar a cabo la teoría de la asimetría gubernamental estipulada en los artículos 311 en concordancia con el primero y el 320 de la Constitución (Trujillo), entre otras complejidades. Ello nos lleva a sentenciar que no todo es bueno, positivo y ejemplar en nuestra Magna Carta, por lo menos y cuando menos, tal aseveración es predicable cuando de contemplar la estructura territorial se trata.

Salvo la desusada posibilidad de establecer gobiernos asimétricos municipales (Trujillo) nosotros no contamos con una Constitución ejemplar, novedosa, creativa y, lo más importante, útil para poder entender, comprender y desarrollar las herramientas que, desde lo territorial, permitan sacar de la pobreza material a la comunidad colombiana.

La reciente ley de ordenamiento territorial (Ley 1454) no satisface, en lo más mínimo, este asunto. Flaco favor le ha hecho esta ley al tratar

de enmendar los graves problemas que en materia territorial acongojan a la nación (Pombo y otros). Ello, en gran medida, obedece a la desarticulación y al desenfoque que la misma Constitución ha consignado (Pombo y otros; Ibañez).

En efecto y entre otras razones, considero que “para construir una adecuada regulación en esta materia se requiere comenzar la discusión desde un punto de partida fáctico diferente, entendiendo que éste es un país principalmente plano (no andino); caliente (no frío); cuyo territorio es inmensamente marítimo, urbano, y cuya población se ubica, trabaja y tributa en no más de 40 entidades territoriales de las más de 1.100 que tiene Colombia, es un país que no ha terminado aún su colonización y que está grandemente influenciado y afectado por las políticas de las drogas” (Pombo y otros).

Nada de eso se tuvo en cuenta, —o por lo menos no de manera explícita, clara y contundente—, a la hora de concebir y consagrar el ordenamiento territorial en la Constitución Política. Ese enorme defecto se ve reflejado en la regulación legislativa así como en la reglamentación del Ejecutivo.

Hemos, en suma, olvidado que el territorio es uno de los tres elementos esenciales del Estado. Hemos hecho caso omiso a una realidad política, económica, cultural e histórica sobre el particular. Hemos cabalgado sin silla y sin apero en este tema y hemos dejado al garete la regulación del espacio donde nacimos, crecemos, trabajamos, el que explotamos, del que nos aprovechamos y el que vamos a heredar a las próximas generaciones.

REFERENCIAS

Anderson, B. (2007). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del Nacionalismo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Bagehot, W. (2010). *La Constitución Inglesa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Balaguer Callejón, F. (Coordinador) (2007). *Manual de derecho Constitucional. Volumen I, Cuarta Parte*. Madrid: Editorial Tecnos.

Britto Ruiz, F. y Vidal Perdomo, J. (Editores académicos) (2009). *Bogotá: Ciudad Capital, evolución institucional y normativa*. Bogotá: Universidad del Rosario y Alcaldía Mayor de Bogotá.

Constant, B. (2006). *Curso de Política Constitucional*. Madrid: Editorial Comares.

Constitución Política de Colombia.

Dangong Gibsone, C. (2010). *Descentralización en Colombia: ¿para qué y hasta dónde? En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

De Otto, I. (1991). *Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Habermas, J. (2006). *Más allá del Estado Nacional*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hobsbawn, E. (2000). *Naciones y nacionalismos desde 1790*. Barcelona: Editorial Crítica.

Ibañez Najjar, J. E. (2002). *Las reformas a la Constitución Política*. *Universitas*, No. 104, pp. 11-119. Bogotá: Universidad Javeriana.



Jolly, J. F. (2010). Dinámicas económicas y territorio. En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Leal del Castillo, G. (2010). Gestión ambiental urbana. En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

López Murcia, J. D., Bateman Serrano, A., Vengoechea Barrios, J. M. y López Patrón, J. M. La Garantía de los derechos sociales. Bogotá: Universidad Javeriana y Editorial Ibañez.

Monteoliva Vilches, A. (2010). Territorio y Gobernabilidad: la inacabada construcción territorial en Colombia. En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Naranjo Mesa, V. (1994). Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Editorial Temis.

Pombo Cajiao, R., Buitrago Caicedo, D., Sánchez, M., Henao Mesa, A. y Osorio Vieira, F. (2010). Ordenamiento, organización y gobierno territorial: visión desde la glocalización y el protonacionalismo, Policy Paper. Bogotá: Corporación Pensamiento Siglo XXI y Fundación Konrad Adenauer.

Rojas Parra, F. (2010). De un país rural a un país urbano. En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Sáchica Aponte, L. C. (1999). Derecho Constitucional general. Bogotá: Editorial Temis.

Schmitt, C. (2003). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial.

Solano Calderón, M. (2010). Criminalidad, territorio y gobernabilidad. En Más allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos Horizontes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Trujillo Muñoz, A. (2001). Descentralización, regionalización y autonomía local. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Trujillo Muñoz, A. (2007). Democracia y Territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política. Bogotá: Siglo de Hombrés Editores.

Vidal Perdomo, J. (2001). La región en la Organización Territorial del Estado. Bogotá: Universidad del Rosario.

Vidal Perdomo, J. (2009). Derecho Constitucional general e instituciones políticas colombianas. Bogotá: Editorial Legis.

Wheare, K. C. (1971). Las Constituciones Modernas. Madrid: Editorial Labor S.A.



• CAPÍTULO VII •

LA JUSTICIA

- ■ ■ ■ ■ Interpretación, control constitucional
y procedimiento legislativo

- ■ ■ ■ ■ Las reformas
a la justicia en la Constitución de 1991:
elementos para un balance

Fabio Enrique Pulido Ortiz

Abogado de la Universidad Católica de Colombia (UCC). Magister en derecho de la Universidad de Palermo. Las discusiones presentadas en este trabajo hacen parte de los resultados de investigación del proyecto “Fundamentos e implementación de los derechos humanos” financiado por la Universidad Católica de Colombia. El autor agradece especialmente a Jenny Carolina Burgos (miembro del observatorio de justicia constitucional de la UCC) por su apoyo en la selección y el análisis de los materiales que sirvieron de fuente para este trabajo.



Interpretación, control constitucional y procedimiento legislativo

Por: Fabio Enrique Pulido Ortiz

INTRODUCCIÓN

Las constituciones pueden concebirse desde un punto de vista lógico sistemático o desde un punto de vista normativo. Desde el primer punto de vista es conocida la idea según la cual los sistemas jurídicos deben contar con una norma en su vértice que le otorgue unidad y que determine o autorice la pertenencia de las otras normas jurídicas al sistema. Desde el segundo punto de vista, es decir, la concepción normativa de la constitución, se espera que ella consagre disposiciones que materialicen la democracia como forma legítima de toma de decisiones y disposiciones que consagren los derechos de las personas. De esta manera, las constituciones están conformadas por dos dimensiones: la democrática y la de los derechos (C. Nino, 1992, 1997).

Sin embargo, tales dimensiones no conviven de forma pacífica. En efecto, existe una tensión entre la democracia como forma legítima de toma de decisiones y los derechos entendidos como límites de tales decisiones, en el sentido de que las listas de derechos implican un menor espacio para la discusión democrática, por lo que muchos temas forman parte de lo indiscutible (Nino, 1997; Gargarella, 2001 y 2004). La tensión entre las dimensiones constitucionales se acrecienta cuando se autoriza que un órgano judicial anule los actos

proferidos por los órganos democráticos (en especial los parlamentos).

Para el caso colombiano, a la Corte Constitucional le fueron encomendados dos tipos de funciones de control constitucional: (1) control de constitucionalidad de normas con rango de ley y actos reformatorios de la Constitución y (2) revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales. En lo que tiene ver con el control constitucional de las leyes y de los actos reformatorios de la Constitución, se distinguen dos escenarios: (i) la revisión de la constitucionalidad de la formación de la ley o acto y (ii) la revisión del contenido del mismo. El primer escenario depende de una concepción de la Constitución como marco de las formas empleadas por el Congreso para la producción de normas. El segundo escenario depende de una concepción de la Constitución como un límite al contenido de las normas creadas en el primer escenario.

En los sistemas constitucionales en los que se autoriza el control constitucional, la configuración de tales escenarios depende de las decisiones del juez o tribunal encargado. En Colombia, además, la Corte Constitucional ha definido una doctrina según la cual sus decisiones adquieren el carácter de precedente para la construcción de tales esce-

narios. Es decir, los límites procedimentales y sustanciales del Congreso deben identificarse no en el texto constitucional sino en los precedentes de la Corte Constitucional.

En una democracia se espera que la legitimidad de las decisiones políticas dependa de su carácter democrático, por lo que se puede concluir que la legitimidad del segundo escenario depende principalmente del carácter democrático del primero. En este trabajo se exploran los problemas teóricos e institucionales que surgen como consecuencia de la combinación de competencias en la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de ambos escenarios. Para ello, se explicarán las características de la interpretación constitucional y el control constitucional, se definirá la importancia del procedimiento de formación de las leyes y la democracia como criterio de corrección de las sentencias que revisan la constitucionalidad del mismo y, por último, se formularán algunos problemas justificatorios y prácticos del hecho de concentrar en un solo tribunal las competencias para revisar tanto el procedimiento de formación de las leyes como su contenido.

EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Una de las ideas centrales del rule of law consiste en que las decisiones de los jueces deben estar determinadas por normas jurídicas preexistentes, de manera que se prevenga que la decisión judicial dependa del arbitrio del juez. En este sentido, el problema de la interpretación normativa está dado por la imposibilidad de asegurar un único resultado. Esta problemática es particularmente importante para el control constitucional, el cual depende del proceso interpretativo desarrollado por el juez constitucional más que de los textos normativos. Para mostrar lo anterior, se

explicará cómo los procesos interpretativos no se pueden circunscribir a textos, y como consecuencia de ello, la imposibilidad teórica y práctica de las concepciones que pretenden limitar la actividad interpretativa al estudio de textos. Por último, se advertirá sobre el carácter valorativo en la configuración de los casos constitucionales y sus procesos de interpretación.

Por norma jurídica suele entenderse tanto el enunciado normativo como el significado del mismo. Las normas como significado pueden ser (i) conceptuales, (ii) constitutivas y (iii) deónticas. Las primeras definen términos legales, las segundas otorgan poderes y las últimas definen la relación entre un sujeto y una acción como jurídicamente prohibida, obligatoria o facultativa. Las normas deónticas, además, pueden ser (a) generales o (b) individuales. Serán generales o individuales según si correlacionan un caso genérico con una solución genérica o un caso individual con una solución concreta¹. La relación deóntica entre un sujeto y una acción, o lo que es lo mismo, el carácter prohibitivo, obligatorio o facultativo de un caso, puede ser de carácter deliberado o intrínseco. Cuando la relación deóntica es definida por el hombre, en razón de las exigencias de la vida en sociedad, la norma es deliberada. Por el contrario, cuando la relación entre el sujeto y la acción es por sí misma valiosa, la norma es intrínseca (Massini, 2003).

Por interpretación suele asociarse aquella actividad consistente en identificar, a partir de un texto normativo, la norma jurídica y la determinación de las consecuencias jurídicas de esta última para un caso concreto (W. Twining y D. Miers, 1999). El texto normativo es un conjunto finito y complejo de enunciados gráficos con intención o valor normativo. En otras palabras, el carácter normativo

¹ Para una revisión general de las tipologías normativas, véanse M. Atienza y J. Manero (1996: 46-76); J. Aguiló (2000: 57-63); J. Rodríguez (2002); C. Alchourron y E. Buligyn (1974); E. Buligyn (2004); y C. Massini (2003).



del texto está dado en razón a que expresa gráficamente una relación normativa. El texto normativo designa una realidad normativa de la cual no es sino su expresión, de manera que dicha realidad constituye el criterio objetivo de corrección o incorrección de la interpretación (Massini, 2010). En consecuencia, si se niega la existencia de una realidad normativa trascendente al texto, se niega la posibilidad de la existencia de interpretaciones correctas e incorrectas. La interpretación jurídica es, entonces, el proceso mediante el cual un sujeto determina la norma que con el texto se significa, bien sea para aplicarla a un caso concreto o para identificar un número indeterminado de casos similares susceptibles de aplicación.

La interpretación puede ser abstracta y concreta. Será abstracta cuando el objeto de la interpretación es reformular el texto normativo de manera que se identifiquen las normas adscritas al mismo. En otras palabras, la interpretación abstracta consiste en identificar el significado expresado por un texto normativo "sin referencia a un supuesto de hecho concreto" (R. Guastini, 2008, p. 30). Por el contrario, la interpretación es concreta cuando el objeto es determinar si una relación jurídica específica hace parte o no del supuesto de hecho definido por una norma (R. Guastini, 1999 y 2008). En la interpretación concreta, además, se puede distinguir entre interpretación real e interpretación hipotética. Será real la interpretación cuyo caso está conformado por hechos reales —y por tanto pasados o pertenecientes al pasado—, es decir, situaciones que se producen en una determinada ocasión (C. Alchourron y E. Bulygin, 1974). La interpretación es hipotética cuando el caso está conformado por hechos que sin haber ocurrido se espera que ocurran.

Como se dijo, el principio de legalidad exige que las decisiones de los jueces estén determinadas por normas jurídicas preexistentes. Particularmente que las decisiones judiciales estén

limitadas por textos jurídicos previos a la misma. En este orden de ideas, el problema de la interpretación jurídica está dado por el fracaso de dicho principio ante el hecho que las normas no dependan del texto en el sentido que, por una parte, los textos normativos no pueden asegurar una única respuesta interpretativa y, por la otra, que aún cuando se pueda identificar con relativa facilidad una norma, existen razones para no aplicar la misma a casos concretos. El problema está dado particularmente por (i) la indeterminación en los textos normativos, (ii) el carácter intelectual de las operaciones interpretativas y (iii) en la indeterminación de hechos (B. Leiter, 1995).

Indeterminación en los textos normativos

La indeterminación de los textos normativos está dada por los problemas lingüísticos y lógicos de todo lenguaje natural. Se ha reconocido que el lenguaje normativo adolece de indeterminaciones causadas por las ambigüedades, vaguedades e imprecisiones de las palabras, y por las contradicciones, redundancias y lagunas en el conjunto de normas jurídicas. No se está afirmando que los textos normativos no cumplan papel alguno, simplemente se afirma que de ellos no puede depender exclusivamente el proceso interpretativo, es decir, el texto (y sólo el texto) no puede asegurar el resultado interpretativo. El papel de los textos normativos, como se dijo, es el de expresar una realidad normativa, los signos lingüísticos son un medio (no exhaustivo) mediante el cual el intérprete aprende la realidad normativa. En definitiva, los textos normativos sólo cumplen algún papel en el proceso interpretativo cuando designan una realidad normativa.

La indeterminación del derecho constitucional no depende exclusivamente de problemas lingüísticos o lógicos. Existen situaciones en las cuales mediante una interpretación textual es fácil identificar la norma y aún así el juez recurre a

otro tipo de argumentos para resolver el caso. En otras palabras, aún cuando en la interpretación de un texto normativo se pueda identificar una norma con relativa facilidad, los intérpretes deciden atribuir un significado no atribuible al texto que se interpreta. Es lo que R. Guastini (2007) denomina "interpretación creativa", es decir, aquella consistente en construir (o identificar) normas no expresadas en el texto normativo, o sea, aquella interpretación que no atribuye al texto el significado que sugieren sus palabras sino uno distinto. La interpretación creativa puede ser extensiva o restrictiva. La interpretación es extensiva cuando el intérprete adscribe a un texto normativo supuestos que él no contempla. La interpretación es restrictiva cuando el intérprete elimina uno o varios supuestos que el texto contempla. En general, el argumento de la interpretación creativa está dado por el argumento teleológico o voluntad del legislador o constituyente, el argumento que apunta a la razonabilidad del legislador o constituyente en el sentido de presumir que no pueden interpretarse normas que conduzcan a resultados absurdos y el argumento que recurre a las circunstancias de cambio social para desacreditar la interpretación literal de un texto (Guastini, 1999).

Además, los intérpretes no aplican las normas como significados cognoscibles de los textos jurídicos en los casos de las lagunas axiológicas. La teoría del derecho distingue entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. Las lagunas normativas se presentan cuando un caso (conjunto de propiedades empíricas) no tiene contemplada una solución en el sistema normativo. Las lagunas axiológicas o valorativas, por su parte, se dan cuando, a pesar de la existencia de una norma que resuelve el caso, la misma no se aplica debido a que se consideraría como relevante una circunstancia que para el texto normativo no lo es. Las lagunas axiológicas o valorativas se dan cuando "un caso está correlacionado por un sistema normativo, son una determinada solución y hay una

propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas" (Nino, 1980, p. 287).

Lo cierto es que, como lo explica R. Vigo (1999), sintetizando el pensamiento de Michell Villey, los textos son insuficientes para la determinación del derecho porque: (a) las reglas generales son insuficientes para todos los casos particulares; (b) las autoridades que formulan los textos lo hacen discrecional e incluso arbitrariamente; (c) las reglas jurídicas no pueden ser constantes y universales, tienen referencia a contextos históricos, son provisionales y susceptibles de discusión; (d) las reglas jurídicas positivas no constituyen un orden jerárquico, armonioso y pleno.

Indeterminación en las operaciones interpretativas del derecho

Las operaciones interpretativas son la serie de actividades a través de las cuales se aprehende la significación normativa de un texto jurídico. En otras palabras, las operaciones normativas están dadas por el proceso de conocimiento a través del cual, y con la intermediación de signos lingüísticos, se conoce una realidad normativa y su significación práctica. Las distintas reglas y principios de operaciones interpretativas (piénsese, por ejemplo, en la ponderación) no pueden asegurar un único producto en los procesos interpretativos y no pueden asegurar la certeza de la corrección del mismo. Es en ese sentido, en la imposibilidad de la certeza acerca de los procesos de interpretación y sus productos, en el que las operaciones interpretativas son indeterminadas. Por cierto que la naturaleza misma del conocimiento jurídico es objeto de importantes discusiones filosóficas: así, por ejemplo, para Michel Villey (1979), el conocimiento jurídico es teórico o especulativo, cuyo objeto es determinar el derecho y no dirigir conductas, proponer modelos de vida o procurar el bien común. Para



este autor, el método de interpretación jurídica debe ser la dialéctica entendida como la búsqueda dialogada de lo justo, mediante una especulación desinteresada, a través de un razonamiento que gira alrededor de realidades normativas más que a textos, cuyas conclusiones no se alcanzan deductivamente sino mediante la confrontación de puntos de vista. Para otros autores, por el contrario, el conocimiento jurídico es un saber práctico, es decir, aquel mediante el cual justificamos acciones y decisiones en virtud de la existencia de deberes, facultades y obligaciones (Nino, 1992).

Debe anotarse que el hecho de que no pueda existir certeza acerca de las operaciones interpretativas y sus productos no significa que no haya interpretaciones verdaderas. La verdad es la adecuación del entendimiento con la realidad mientras que la certeza es la situación de seguridad de los sujetos respecto de dicho conocimiento. La indeterminación de las operaciones, entonces, no se refiere a la indeterminación de la verdad sino a la indeterminación de la certeza (lo mismo puede predicarse respecto de la indeterminación de los hechos). Si la verdad no fuera posible "la interpretación resultaría escasamente informativa para el intérprete, ya que al resultarle imposible saber si el sentido que ha 'descubierto' es verdadero o falso, quedaría inexorablemente trivializada o banalizada toda la tarea de la interpretación y desprovista, por tanto, de todo interés real" (Massini, 2010). En otras palabras, el intérprete no puede despreciar los textos normativos, pero la respuesta (el derecho) debe buscarla en la totalidad de las fuentes del derecho.

Indeterminación en las operaciones interpretativas de hechos

La interpretación de normas suele distinguirse de la determinación de los hechos a los cuales se aplica la norma. Dicha distinción es caracterizada como cuestiones de hecho y cuestiones de derecho. El carácter indeterminado de las cuestiones

de hecho resulta como consecuencia de la compleja actividad de establecer las propiedades del caso concreto que se juzga, más aún cuando de esta operación depende la norma que rige el caso y su solución. Desde los primeros años, las escuelas realistas norteamericanas se han preocupado por la indeterminación en las operaciones para establecer los hechos del caso; para Jerome Frank (1949), por ejemplo, la indeterminación resulta prácticamente inevitable como consecuencia de la compleja actividad de establecer los hechos del caso, pues será esta actividad la que en definitiva determina la norma del caso.

Incluso la misma distinción entre cuestiones de hecho y de derecho resulta problemática. En ese sentido, W. Twining y D. Miers (1999) explican que es difícil establecer las bases conceptuales bajo las cuales hacer dicha distinción, básicamente porque el derecho trata como hechos cuestiones que ordinariamente no lo son. En efecto, asuntos como las calidades de los actos u omisiones de las personas (i.e. la negligencia) son materias que aún cuando sean tratadas como cuestiones factuales no pueden ser resueltas solamente observando. Además, contra la idea según la cual los hechos hablan por sí mismos, los casos se establecen (la determinación de los hechos a los cuales se les va a aplicar la norma) no sólo en términos de verdad o probabilidad de ciertas proposiciones de hecho, sino como un conjunto de proposiciones dotadas de sentido, lo cual no puede tratarse como una simple cuestión de hecho.

En definitiva, el oficio del intérprete del derecho desborda el texto y los hechos 'crudos'. La teoría de la interpretación debe incluir como objeto de la interpretación no solamente a los textos, sino a las normas (cuya formulación en textos es contingente) y a los hechos. De esta manera, el saber jurídico deja de ser una labor de análisis lingüístico, de manera que el intérprete deja de ser un espectador del pasado (formulado en

textos o implícito en prácticas) para convertirse en el protagonista de una actividad dirigida a introducir una nueva norma jurídica. En otras palabras, el saber jurídico es un saber prudencial que opera como filtro entre exigencias generales y problemas concretos, y cuyo resultado debe ser la definición de lo justo para el caso concreto (R. Vigo, 1999). De lo anterior resulta el alejamiento del formalismo hacia una concepción realista en el sentido de que la respuesta del juez no depende de textos sino que el derecho cumpla su fin.

INTERPRETACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

A la Corte Constitucional le corresponden dos competencias de control constitucional: (1) el control de la constitucionalidad de normas con rango de ley y actos reformativos de la Constitución, y (2) el control concreto mediante la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. Por lo que toca a lo primero, la Corte está encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución. Esta función llega a su conocimiento a través de dos vías.

En primer lugar, mediante acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno nacional, cuestionados por su contenido material y por vicios de procedimiento en su formación, y contra actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento en su formación. En segundo lugar, mediante decisión, sin necesidad de acción pública, respecto de la constitucionalidad de leyes estatutarias, referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos, convocatoria a asamblea nacional constituyente, tratados internacionales y leyes que los aprueben y decretos legislativos dictados por el Gobierno en los estados de excepción; también, mediante decisión

definitiva respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y mediante decisión, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente que tenga como objeto reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Por su parte, mediante la acción de tutela se garantiza la eficacia de los derechos fundamentales y se asegura el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares. Incluso mediante la revisión de las acciones de tutela, de conformidad con el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, se instituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en aras de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica (Botero, 2006).

Suele decirse que, en cuanto al primer mecanismo (constitucionalidad de normas con rango de ley y actos reformativos de la Constitución), la Corte realiza un control abstracto de constitucionalidad, mientras que en el segundo (revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela), un control concreto de constitucionalidad. Sin embargo, la distinción entre tales tipos de control constitucional no está dada por el carácter abstracto o concreto de la actividad interpretativa. Por el contrario, tanto el control constitucional de las leyes y los actos reformativos de la Constitución (sentencias tipo C), como la revisión de las acciones de tutela (sentencias tipo T²), son interpretación concreta. En torno a

2 En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número de la sentencia y el año de la misma; por su parte, identifica las sentencias de tutela con las letras T o SU (sentencias de unificación), seguidas por el número de la sentencia y el año.



las sentencias tipo T no existe mayor dificultad en concluir que las decisiones acerca de la violación de derechos fundamentales requieren una interpretación concreta en el sentido de determinar si en un caso concreto y real una autoridad violó un derecho fundamental. Las sentencias tipo C, a diferencia del postulado tradicional, también son un juicio de constitucionalidad concreto: en efecto, las normas tienen por definición un caso (un conjunto de propiedades, unos hechos) y si las sentencias C estudian (enjuician) normas, por ende, enjuician hechos. En las sentencias que estudian vicios de fondo, los hechos del caso están dados por la ley enjuiciada (caso hipotético), mientras que las sentencias que estudian vicios de procedimiento revisan la constitucionalidad de las actuaciones surtidas en el trámite de elaboración de la norma; es decir, enjuician hechos del pasado (casos reales). De otra parte, tampoco es cierto que en las decisiones de tutela no se realicen abstracciones y que el juicio no pueda describirse en términos normativos; en otras palabras, en las sentencias de tutela deben hacerse abstracciones para poder definir el caso que se estudia, incluso en los casos de derechos fundamentales que resuelve la Corte Constitucional, los hechos están establecidos previamente por los jueces de instancia. En definitiva, desde un enfoque estrictamente normativo el control constitucional consiste “en las sentencias tipo C, en el juicio de consistencia entre una(s) norma(s) constitucional y una(s) norma(s) creada por el legislador y, en las sentencias tipo T, en el juicio de consistencia entre una norma constitucional (derecho fundamental) y una norma creada por una autoridad pública o privada” (F. Pulido, 2011, p. 171).

Las normas y los hechos involucrados en el juicio de control constitucional, entonces, no pueden ser establecidos de forma mecánica y neutral, pues en definitiva no son más que el material que utiliza el juez para componer el juicio de constitucionalidad (F. Pulido, 2011). En efecto, el control judicial de la Constitución no puede ser concebido como una operación de simple lógica normativa y por lo tanto

se requieren argumentos que justifiquen porqué los jueces —en el caso colombiano, la Corte Constitucional— están facultados para invalidar las leyes. En otras palabras, el control constitucional es, en su esencia, una actividad de naturaleza valorativa; es decir, un acto de naturaleza moral en donde confluye la libertad y voluntad del intérprete. El discurso tradicional diría que no existe ninguna objeción en el control judicial de las leyes toda vez que es una consecuencia de la rigidez de la Constitución, preferida por el poder constituyente primario, quien encarna la voluntad democrática y cuyo objeto es hacer efectiva dicha voluntad frente al legislador. Sin embargo, lo anterior sólo podrá ser cierto si los límites constitucionales estuviesen claramente determinados en el texto constitucional (J. Bayón, 2005). Por el contrario, el juicio del control constitucional es indeterminado, pues, como lo hemos explicado, no es posible definir de forma unívoca las normas y hechos objeto del mismo.

Es así como la teoría del poder constituyente, como justificación del control constitucional, sólo tendrá sentido si se puede desarrollar un método de interpretación que capte la voluntad de los ‘redactores’ de la Constitución. Es lo que en derecho constitucional estadounidense se define como enfoque originalista de la interpretación de la constitución. La forma típica de interpretación originalista es el textualismo, es decir, aquella teoría según la cual la interpretación constitucional debe limitarse a consultar las palabras del documento. El textualismo insiste en que la ley sólo puede invalidarse “de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida, cuya premisa subyacente, pueda descubrirse con claridad en la Constitución” (J. Ely, 1997, p. 20). Para sus defensores, resulta contrario al principio democrático que unos funcionarios no electos deriven derechos, competencias, deberes, etcétera, por fuera de los estrictamente definidos en el texto constitucional. Para los textualistas, en definitiva, una vez precisada la intención del constituyente, bien sea porque el lenguaje es claro o porque existe

consenso en la comunidad interpretativa acerca de dicha intención, se debe seguir, sin más, el mismo. Los problemas del textualismo son evidentes: por una parte, como hemos dicho, los textos jurídicos no pueden encerrar por sí mismos las realidades normativas que designan, pues son simplemente su expresión lingüística. Es innegable que, además, en los 'casos difíciles' el enfoque textualista es insuficiente, pues si las palabras son claras o existe consenso sobre su significado, no estaríamos en frente de uno de dichos casos (S. Barber y J. Fleming, 2007, y Clark, 2002). También resulta metodológicamente problemático identificar el sujeto que creó el texto constitucional, pues 'los redactores' (the framers), o el poder constituyente, es un ideal de referencia para justificar la supremacía constitucional más que una realidad identificable empíricamente (C. Nino, 1989). Otro problema al que se deben enfrentar los textualistas —y los originalistas en general— es que las constituciones suelen tener cláusulas que remiten a normas extradocumentales. Así, por ejemplo, la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos establece que "the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people" (la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no puede ser entendida como la negación o el menosprecio de otros derechos retenidos por el pueblo). De forma similar, la Constitución colombiana establece que "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 ella". De dichas cláusulas se puede interpretar que el propio constituyente desea que la interpretación no se limite a las expresiones por él usadas. En otras palabras, y por la propia 'voluntad' del constituyente, la interpretación constitucional puede recurrir a realidades normativas exteriores al documento constitucional (S. Barber y J. Fleming, 2007).

Dado que no es posible limitar la interpretación a través del texto constitucional, y que por tanto no puede justificarse a partir de teorías como la del poder constituyente, surge el principal problema del control constitucional de las leyes: un órgano sin origen democrático invalida las leyes dictadas por un órgano de origen democrático (A. Bickel, 1987). El problema lo plantea J. Ely (1997) como una dicotomía entre interpretación originalista e interpretación libre: el originalismo es insuficiente para dar respuesta a los problemas constitucionales y la interpretación libre es inconsistente con el principio democrático y el rule of law. La respuesta a dicha problemática ha merecido distintas respuestas: soluciones conservadoras que defienden que para la toma de decisiones correctas e imparciales no es necesario consultar a todos los potencialmente afectados por las mismas y que la reflexión de unos pocos especialmente virtuosos e ilustrados es suficiente, especialmente si —como se espera de la Corte Constitucional— son un pequeño número de personas suficientemente ilustradas y aisladas del calor político. Por otra parte, se han propuesto soluciones 'populistas' en el sentido de eliminar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y dejarlo a cargo de los mismos órganos representativos. Las soluciones conservadoras tienen el problema de defender una postura elitista en las decisiones políticas que contradice los postulados mismos de la democracia. Las soluciones populistas tienen el problema de identificar, sin más, las decisiones mayoritarias con decisiones políticas correctas.

Una salida, que exploraremos con algún detalle en el siguiente apartado, es que los tribunales constitucionales se ocupen de los procedimientos y no de las decisiones acerca de valores (J. Ely, 1997 y R. Gargarella, 1996). La realidad normativa a la que se refieren los textos que expresan el procedimiento de la información de las leyes está dada por las características de la toma de decisiones colectivas. En este sentido, el objeto de la interpretación del proceso legislativo consistirá en servir de puente en-



tre las exigencias generales de la democracia y los problemas concretos que surgen en los procesos de formación de las leyes. La corrección de la sentencia del tribunal constitucional que resuelve un problema referido al procedimiento en la formación de las leyes depende de la capacidad de materializar las exigencias generales de la democracia en los casos concretos y reales de la formación de las leyes.

En síntesis, la interpretación jurídica en general, y la constitucional en particular, no puede concebirse como una operación mecánica de hechos y normas. Por el contrario, la interpretación requiere de una actividad del intérprete que tienda a la consecución del objeto de la interpretación. Si nos limitamos al objeto de la interpretación del procedimiento legislativo, debemos concluir que ese es la garantía de los ideales procedimentales de la democracia. Esto último resulta de vital importancia para la justificación del control constitucional una vez descartadas las teorías que se sustentan en la idea del poder constituyente y los problemas que surgen de que los jueces tengan la última voz en la determinación de los valores políticos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES

La democracia es el sistema de gobierno que defiende que las decisiones políticas deben ser tomadas por los ciudadanos o por sus representantes elegidos libremente. La justificación de la democracia como forma de gobierno ha sido fundamentada desde dos perspectivas distintas: (A) la democracia como una forma de resolución, a través de la regla de mayoría, de intereses individuales contrarios e inmodificables; y (B) la democracia como método para alcanzar verdades políticas y que supone, al contrario de la primera, que los intereses de las personas son modificables gracias al mismo proceso democrático de transformación. La concepción A presenta problemas de acción colectiva al tener

una visión unilateral de la persona moral, identificándola tan sólo con ciertos intereses y no con la capacidad de elegir diversos intereses. Además de tener inconvenientes de intensidad al momento de valorar los intereses de las mayorías y las minorías, debido a que ve la regla de la mayoría como única forma de toma de decisiones. Por último, esta concepción no permite el desarrollo de valores que caracterizan a la democracia como son la libertad y la igualdad, al considerar que los intereses de las personas son un hecho dado y es algo a lo que no se debe entrar en discusión.

La concepción B considera que el proceso democrático transforma las preferencias autointeresadas de las personas (C. Nino 1997). La democracia deliberativa es la versión más sofisticada dentro de este último tipo de concepciones. J. Elster define a la democracia deliberativa como la "toma de decisiones a través de la discusión entre ciudadanos libres e iguales" (2009: p.13). Por su parte, la teoría epistémica de la democracia deliberativa defiende que el proceso democrático es el mejor método para alcanzar la verdad política gracias a que reproduce las características del discurso moral ideal: intercambio genuino de ideas, accesos a diferentes puntos de vista e información relevante, depuración de falencias fácticas, lógicas y sustantivas, amplia inclusión de argumentos, identificación de soluciones alternativas e imparcialidad. A diferencia de las concepciones mayoritaristas, la democracia deliberativa enfatiza en las condiciones del proceso, el cual, en definitiva, es el que le asigna imparcialidad a la decisión mayoritaria (J. Elster, 2009; C. Nino, 1996; R. Gargarella, 2008 y 2009; H. Spector, 2008; J. Marti, 2006 y L. García, 2007).

De esta manera, el fundamento de la concepción deliberativa de la democracia reside, siguiendo a C. Nino, "en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social" (1997, p. 154). Particularmente, la importancia que se da al debate radica en servir como herramienta para convertir

intereses particulares en intereses generales e imparciales, sujetos a la regla de la mayoría, entendida como una abstracción cambiante de acuerdo a las preferencias de los distintos grupos. En la concepción deliberativa, entonces, la verdad política es alcanzada durante la discusión o el proceso, pero permite a la vez que haya un equilibrio argumentativo reflexivo respecto del resultado del proceso, sin atacar el consenso real. Esto implica que la discusión colectiva es un método confiable para alcanzar el proceso de conocimiento de las verdades políticas.

La deliberación colectiva es el método más confiable para acceder a soluciones políticas. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el valor de las decisiones mayoritarias varía de acuerdo a las condiciones que se dan en el proceso. Así, el diseño del proceso democrático debe poner en práctica, por lo menos, las siguientes condiciones: (a) la participación en la discusión de las partes interesadas; (b) la participación en el debate en condiciones de igualdad y libertad; (c) la expresión genuina de intereses y su justificación; (d) la composición de mayorías y minorías cambiantes; (e) la depuración de falencias lógicas, fácticas y sustantivas; (f) la deliberación debe tener en cuenta los intereses de las minorías y (g) la deliberación es una condición necesaria, mas no suficiente, para alcanzar resultados imparciales (C. Nino, 1996 y L. García, 2007).

En virtud de lo anterior, las decisiones alcanzadas de conformidad con las exigencias de la democracia alcanzan una legitimidad política tal que los jueces deben hacer respetar (Ackerman, 1991). Ahora bien, la legitimidad de las leyes democráticas varía de acuerdo con el grado en el cual el proceso de discusión colectiva y de toma de decisiones mayoritarias cumple con las condiciones sobre las cuales se basa aquel valor. Cuando esas condiciones no son totalmente satisfechas, las razones epistémicas proveídas por esas

leyes son más débiles y las competencias de ellas con la calidad epistémica de la reflexión individual pueden tener un resultado diferente (Nino, 1997).

En este sentido, las falencias en el proceso pueden debilitar la legitimidad de la ley, debido a que los resultados de una legislatura no se aproximarían a los fines de la democracia, fragmentando así el proceso legislativo al no existir una concordancia entre el procedimiento y lo sustancial, lo que da cabida a que se dé una variedad de reflexiones individuales que conlleven a diferentes resultados, haciendo que las leyes sean más débiles. Por ello, se ha justificado el control constitucional de las leyes como un mecanismo para corregir el proceso legislativo, pues el proceso judicial puede estructurar un proceso reflexivo de deliberación pública. En otras palabras, el control constitucional puede corregir los errores deliberativos de los procesos legislativos. Aún cuando las restricciones constitucionales y el control constitucional implican de alguna forma una merma al autogobierno esta es “inocua ya que, por hipótesis, el autogobierno estaría subordinado a un más profundo valor que se podría promover con mayor efectividad mediante una restricción al autogobierno” (H. Spector, 2008, p. 246).

LA INTERPRETACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL³

El discurso tradicional diría que no existe ninguna objeción en el control judicial de las leyes

3 Las conclusiones y el balance que se presentan en este apartado se basan en los resultados de la investigación “Doctrina Judicial Vinculante”, financiada por la Universidad Católica de Colombia. En esa investigación se analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de trámite legislativo a partir del primero de enero de 2009 hasta el 26 de febrero de 2010. Para la jurisprudencia previa al primero de enero de 2010, se estudiaron las reglas jurisprudenciales en J. Lancheros (2009).



toda vez que es una consecuencia de la rigidez de la Constitución, proferida por el poder constituyente primario, quien encarna la voluntad democrática, y cuyo objeto es hacer efectiva dicha voluntad frente al legislador. Sin embargo, lo anterior sólo podrá ser cierto si los límites constitucionales estuviesen claramente determinados en el texto constitucional, lo cual es contrario a las características de los textos constitucionales que se caracterizan justamente por su indeterminación. En los sistemas constitucionales en los que se autoriza el control constitucional, la configuración de los escenarios mencionados depende de las decisiones del juez o del tribunal encargado. En Colombia, además, la Corte Constitucional ha definido una doctrina según la cual sus decisiones adquieren el carácter de precedente en el sentido de que la lectura de la Constitución depende de la interpretación de dicho tribunal. En otras palabras, la identificación de los límites procedimentales y sustanciales de la ley no debe identificarse en el texto constitucional, sino en los precedentes de la Corte Constitucional.

En lo referente al control constitucional de las leyes y de los actos reformativos de la Constitución se distinguen dos escenarios: (i) la revisión de la constitucionalidad de la formación de la ley o acto y (ii) la revisión del contenido del mismo. El primer escenario (i) depende de una concepción de la Constitución como marco de formas y procesos empleados por el Congreso para la producción de normas. El segundo (ii) depende de una concepción de la Constitución como un límite al contenido de las normas creadas en el primero. En una democracia se espera que la legitimidad de las decisiones políticas dependa de su carácter democrático, por lo que se puede concluir que la legitimidad del segundo escenario (ii) depende principalmente del carácter democrático del primero (i).

Se debe tener en cuenta que la democracia como forma legítima de toma de decisiones po-

líticas se justifica en razón a que su carácter deliberativo proporciona el mejor escenario para la toma de decisiones imparciales. En este sentido, el simple proceso agregativo de votos y la consecución cuantitativa de mayorías no puede otorgar per se legitimidad a las leyes. En síntesis, es el carácter deliberativo de la democracia el que legitima las decisiones políticas, pues es el mejor método para alcanzar la verdad política (valor epistémico de la democracia) gracias a su capacidad de reproducir las características del discurso moral en los procesos de toma de decisiones. Los elementos que la deliberación reproduce y que le otorgan el carácter epistémico son: (a) la participación en la discusión de las partes interesadas; (b) la participación en el debate en condiciones de igualdad y libertad; (c) la expresión y justificación genuina de intereses; (d) la composición de mayorías y minorías cambiantes; (e) la depuración de falencias fácticas, lógicas y sustantivas, amplia inclusión de argumentos; (f) el respeto por los intereses de las minorías y (g) la deliberación es una condición necesaria, mas no suficiente, para alcanzar resultados imparciales. Por cierto, la democracia deliberativa ha sido concebida por la Corte Constitucional como el principio rector del procedimiento legislativo, en el sentido de que la Constitución colombiana exige debates públicos como requisito para la formación de las leyes y los actos reformativos de la Constitución. Así, por ejemplo, se ha definido que el debate es requisito para la validez de las votaciones, que la ausencia de debate es un vicio de procedimiento insubsanable⁴ y que las reglas del procedimiento legislativo deben interpretarse e implementarse en aras de asegurar el carácter deliberativo de la democracia.

4 ⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 (parcial) del Acto Legislativo N° 01 de 2003. Sentencia C-668 de 2004. MP: Luis Manotas. Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009. Sentencia C-141 de 2010. MP: Humberto Sierra.

En un estado democrático, el control constitucional de las leyes tiene serios problemas de justificación. Dicho problema fue definido hace varios años por Alekander Bikel (1986) como la dificultad contramayoritaria. Para este autor resulta paradójico que en una democracia los jueces o las cortes puedan anular la ley aprobada por el Congreso como cuerpo representativo de los ciudadanos. En otras palabras, el problema radica en el hecho de que la visión de unos pocos ciudadanos (los jueces o miembros de las cortes) hacen prevalecer sus juicios de valor por sobre la legislatura (J. Ely, 1997; C. Nino, 1996, y R. Gargarella, 1996). Por lo anterior, se ha dicho que el control judicial de las leyes y especialmente de las reformas constitucionales se justifica, por lo menos, para garantizar el carácter deliberativo del proceso de formación de tales decisiones. El control judicial de las leyes se define, entonces, como un mecanismo institucional para corregir el procedimiento legislativo, toda vez que puede estructurarse para conducir un proceso reflexivo de deliberación pública. Es decir, el control constitucional debe estar diseñado de manera tal que corrija las falencias deliberativas de los procesos legislativos, reproduciendo los presupuestos ideales de la deliberación imparcial (Spector, 2008).

En otros trabajos se ha concluido que si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha recepcionado, por lo menos formalmente, el postulado deliberativista, al revisar la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 2004 que autorizó la reelección presidencial en Colombia, desconoció dichos postulados al no considerar dentro de la argumentación el hecho de que en el procedimiento legislativo existió elusión del debate parlamentario, lo que determinaba la inconstitucionalidad de la reforma (García, 2005). Por otra parte, se ha definido que dadas las falencias deliberativas del procedimiento legislativo y la falta de legitimidad del Congreso colombiano, la Corte Constitucional representa mejor los intereses de

la sociedad, especialmente en lo que tiene que ver con decisiones que protegen las minorías, y que el control constitucional en Colombia se justifica, dentro de una concepción deliberativa de la democracia, toda vez que su diseño institucional cuenta con herramientas que aseguren canales de participación (Rodríguez, 2005)⁵. De manera similar, aunque con un enfoque simplemente descriptivo, David Landau ha observado que en Colombia no existe nexo real entre sociedad civil, partidos políticos y gobierno.

De lo anterior el Congreso colombiano no realiza un efectivo desarrollo normativo en temas sensibles como los derechos sociales y realiza un incipiente control de los poderes presidenciales. Por ello, concluye el citado autor que la Corte Constitucional responde a la debilidad institucional tomando el poder en sus manos.

Debe tenerse en cuenta que el control constitucional del procedimiento legislativo es concreto y real. Es un control constitucional concreto toda vez que se refiere a casos, es decir, a un conto de hechos objeto del juicio de constitucionalidad. Sin embargo, los casos pueden ser reales o hipotéticos. Serán reales cuando los hechos objeto del control hayan ocurrido en la realidad empírica. Serán hipotéticos cuando los hechos son sucesos que se espera que ocurran. Es claro cómo el objeto del control constitucional del procedimiento legislativo corresponde a hechos efectivos que ocurrieron a lo largo del procedimiento legislativo (Pulido, 2011). De esta manera, una de las principales tareas de la Corte Constitucional debe ser determinar con claridad los hechos ocurridos durante el trámite legislativo en el Congreso. Particularmente, debe determinar las características del debate de manera que si encuentra irregularidades pueda tomar medidas para corregirlas. Sin

5 Rodríguez, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado, 2005., 391. ISBN: 9586169251.



embargo, la Corte Constitucional, especialmente al aplicar los principios de identidad y consecutividad, parece efectuar un juicio normativo de constitucionalidad.

Otro asunto que merece especial atención es que en las sentencias que revisan el trámite de los actos reformativos de la Constitución, el estudio del debate es igualmente formal al que se realiza en el control de las leyes. La Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina activista para controlar el fondo de las reformas constitucionales mediante el argumento de la sustitución de la Constitución. Por el contrario, en el control del procedimiento de los actos de reforma no se han aplicado reglas procedimentales robustas para fortalecer el valor de la democracia. Si se toma como referente una concepción dualista de la democracia (Ackerman, 1991), como la tradicional distinción entre poder constituyente y poder constituido, o entre poder normativo superior (higherlawmaking) y poder normativo corriente (normal lawmaking), el control constitucional debe ser sensible a las expresiones del poder constituyente o poder normativo superior. La idea es, siguiendo a Ackerman, que la Corte Constitucional debe respetar y garantizar que el poder normativo superior (materializado en Colombia, por ejemplo, mediante los actos legislativos del Congreso) sea una genuina expresión de momentos políticos especiales de cambio. Para ello, el procedimiento de los actos de reforma debe obedecer a esa especial circunstancia y no ser objeto de 'pasiones' políticas temporales y mayorías contextuales. Así las cosas, si la Corte, como lo ha venido haciendo, realiza un control formal de los procedimientos de reforma constitucional, no se puede garantizar que la Constitución sea una genuina expresión de un poder normativo superior.

El fortalecimiento del debate no debe circunscribirse a los principios de identidad y consecutividad. La participación efectiva en las discusiones,

por ejemplo, debe ser objeto de revisión constitucional. De la misma manera, se deben estudiar instituciones específicas del procedimiento legislativo que no son fáciles de conciliar con la democracia deliberativa. El régimen de bancadas, y particularmente las reglas tendientes a desincentivar las actuaciones individuales y los acuerdos extraparlamentarios, resultan contradictorios con los postulados epistémicos de la democracia deliberativa. Además, se debe tener en cuenta que existe una fractura entre el debate ciudadano preelectoral y las actuaciones de los partidos en el Congreso, lo cual no depende de la fortaleza o debilidad de los partidos políticos. En otras palabras, las deficiencias de la democracia en Colombia deben atribuirse a otras causas y no a la fortaleza o debilidad de los partidos políticos (Stockes, 1998). Por lo tanto, si la deficiencia de la democracia no obedece a la fuerza institucional de los partidos políticos y el régimen de bancadas es contradictorio con los postulados epistémicos de la democracia deliberativa, la relación de los partidos políticos con el trámite legislativo debe ser replanteada.

Según el principio democrático, la fuerza de la ley depende de la legitimidad del proceso legislativo. Es así como dentro de una concepción deliberativa de la democracia (la cual, como la propia Corte Constitucional ha reconocido, es la que define la Constitución colombiana) la calidad del debate, la participación de los potencialmente afectados y las garantías de participación a las minorías, resultan ser elementos de los cuales depende la fuerza de la ley. En este orden de ideas, si el juez constitucional encuentra que el procedimiento democrático no reúne las condiciones epistémicas que fortalecen la ley, tiene más razones para declarar la inconstitucionalidad de la misma. Por el contrario, si la ley se forma dentro de un proceso democrático deliberativo, el juez constitucional se va a enfrentar con problemas de legitimidad para invalidarla. En la introducción de

este trabajo se explicó que en el control constitucional en Colombia, se distinguen dos escenarios: (i) la revisión de la formación de las leyes o actos reformativos de la constitución y (ii) la revisión del contenido de aquellos. Así mismo, se dijo que la configuración de esos escenarios depende en alta medida de la configuración que le dé la propia Corte Constitucional, particularmente por el carácter inevitable de la interpretación constitucional y el valor de precedente de sus decisiones. De lo anterior, surge una paradoja descuidada por los estudios jurídicos-políticos: si la Corte Constitucional fortalece el primer escenario (i) va a perder legitimidad para configurar el segundo (ii). Por el contrario, si el primer escenario (i) es débil en término de legitimidad democrática, la Corte Constitucional va a encontrar mayores argumentos para configurar el segundo escenario (ii). Así, el diseño institucional del control constitucional en Colombia favorece una interpretación restrictiva de la democracia, toda vez que es natural que una institución prefiera decidir cuestiones sustanciales a ser el 'árbitro' de un proceso de decisiones. En otras palabras, la institución del control constitucional en Colombia fomenta un activismo judicial para el control constitucional del contenido de las leyes y un rol pasivo en torno al control constitucional del procedimiento legislativo. De esta manera, estudios como los de Rodríguez (2005) deben ser revisados. Justificar el control constitucional de las leyes en el carácter 'ilegítimo' del Congreso y en el carácter deliberativo de la acción pública de inconstitucionalidad, alimenta la paradoja planteada en el sentido de que el juez constitucional no va a tener suficientes motivos para fortalecer el procedimiento democrático sin perder legitimidad para declarar la inexecutable de las leyes por razón de su contenido.

REFERENCIAS

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea
- Barber, S., y Fleming, J. (2007). *Constitutional Interpretation*. Nueva York: Oxford University Press.
- Bayón, J. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón et al. *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-139). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bikel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Estados Unidos: Yale University Press.
- Botero, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Clark, G. (2002). An introduction to constitutional interpretation. *Suffolk University Law Review* 12 (01), 485-493. doi:10.2139/ssrn.282717
- Ely, J. (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría de control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre
- García, L. (2007). Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 8 (1). Recuperado en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2450&id_item_menu=3555.
- Gargarella, R. (1996). *La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (2004). Control constitucional. En S. Albanese, A. Dalla Via, R. Gargarella, A. Hernán-



dez y D. Sasbay, *Derecho Constitucional* (pp. 633-643). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. España: Gedisa.

Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. España: Trotta.

Massini, C. (2003). Sobre la significación y designación de la normas. La contribución de Georges Kalinowski a la semántica normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 116, 65-94.

Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa

Pulido, F. (2011). Control Constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos - Derechos y Valores* 14(27), p.165-181.

Rodríguez, M. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado.

Spector, H. (2008). Democracia y control constitucional: una tensión aparente. En M. Alegre, R. Gargarella y R. Rosenkrantz, *Homenaje a Carlos Nino* (pp 231, 246). Buenos Aires: La Ley.

Stokes, S. (1998). ¿Son los partidos políticos el problema de la democracia en América Latina? *Política y Gobierno*, 5(1),13-43.

Twining, W., y Miers, D. (1999). *How to Do Things With Rules?* Londres: Butterworth.

Germán Burgos Silva

Abogado, de la Universidad Nacional de Colombia, 1992; especialista en Derecho del Comercio Internacional, Universidad de Barcelona; especialista en Ciencia Política, Universidad de Barcelona; Doctor en derecho, Universidad de Barcelona; profesor de la Universidad Nacional de Colombia



Las reformas a la justicia en la Constitución de 1991: elementos para un balance

Por: Germán Burgos Silva

INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene por objetivo ofrecer algunos elementos de balance en torno a las reformas a la administración de justicia incluidas en la Constitución de 1991. Como se verá con más detalle en la parte tercera de este escrito, entenderemos por balance la identificación de hasta qué punto los arreglos institucionales incluidos en la carta política han contribuido o no a lograr los objetivos implícitamente incorporados a la Constitución en materia del servicio de justicia.

Sin embargo, no partimos de que las deficiencias que siguen afectando el funcionamiento de la administración de justicia sean fundamentalmente responsabilidad del modelo constitucional y que, por tanto, precisen de una redefinición a fondo, como algunos planteamientos han esbozado. Es posible que algunos aspectos de la situación actual de la administración de justicia se deban a los arreglos constitucionales vigentes, pero es evidente que el cumplimiento de un determinado marco constitucional pasa por su desarrollo legal coherente, su apropiación por los actores, la disponibilidad de recursos, etcétera, lo cual va más allá de

la misma Constitución. Este escrito tratará de centrarse en los aspectos de nivel constitucional.

En los anteriores términos este trabajo pretende dar respuesta a tres interrogantes gruesos. De un lado, ¿cuáles se pueden identificar como los objetivos centrales de las reformas en materia de justicia incluidas en la Constitución de 1991? En segundo lugar, ¿qué arreglos institucionales se incorporaron en esta última para lograr dichos objetivos? Para finalmente indagar hasta qué punto los arreglos institucionales han sido “exitosos” o no en lograr los objetivos propuestos, ubicando de paso las discusiones en torno de algunas reformas constitucionales que se han planteado. En este último aspecto se recogerán algunas referencias a propuestas de reforma judicial, incluida la presentada recientemente al congreso por el gobierno del Presidente Santos.

La información que fundamentará las respuestas a estas tres preguntas proviene fundamentalmente del seguimiento de las discusiones públicas y de parte de la literatura académica al respecto. En tal sentido busca recoger algunas de las tesis esbozadas en esos espacios, expresando

en lo posible la pluralidad de posiciones sobre los temas abordados a fin de que el lector logre un abordaje amplio sobre los asuntos tratados. Es de aclarar que no se cuenta con estudios académicos de largo aliento que hagan un balance serio, empírico y pormenorizado sobre la situación de la justicia en Colombia actualmente¹. Por tanto, muchas de las tesis aquí esbozadas reproducen percepciones de distintos actores.

El artículo está organizado en cuatro partes. En la primera enunciamos los que consideramos objetivos gruesos de la reforma a la justicia de 1991. En la segunda se establecen los arreglos institucionales que de una u otra forma pretenden contribuir a lograr dichos objetivos. En la tercera se presentan las tesis de balance en clave positiva como crítica. Finalmente se incluye una sección de conclusiones.

LOS OBJETIVOS GRUESOS DE LA REFORMA JUDICIAL DE 1991

Para entender las transformaciones de la administración de justicia incluidas en la Constitución de 1991, este trabajo quiere ir más allá de la mera presentación de las instituciones allí encarnadas. En tal sentido defiende en este acápite que es posible identificar objetivos gruesos que guiaron este cambio y arreglos institucionales que buscaron por distintas vías su realización. En tal sentido, se trata de presentar una lectura más dinámica y sistémica que permita identificar qué “modelo” de administración de justicia pretendió encuadrar la Constitución de 1991.

1 Esto no quiere decir que desde la promulgación de la Constitución no se hayan realizado variado tipo de estudios de importante nivel académico sobre la situación de la administración de justicia en diversos temas como la congestión, el desempeño judicial en general, la relación entre demanda y oferta judicial, etcétera. Sin embargo, estos no se han actualizado y no siempre tienen una entrada constitucional como la aquí propuesta. Al respecto pueden verse Santos B. y García M., 2004; García y Uprimny, 2006; Fuentes, 2001.

En sentido general es posible identificar retrospectivamente cuatro objetivos centrales que guiaron la reforma judicial en 1991. El primero de ellos corresponde a una justicia más eficaz, entendida como aquella con la capacidad de garantizar la aplicación efectiva del derecho al caso concreto, en los tiempos previstos procesalmente y con las garantías igualmente previstas en el orden constitucional. Una segunda pretensión fue crear condiciones institucionales para un poder judicial más independiente, particularmente del poder ejecutivo al que históricamente estuvo ligado. En relación con lo anterior y como tercer objetivo, la Constituyente pretendió establecer un poder judicial orientado a establecer mayores controles al accionar de los otros poderes públicos. Finalmente, se buscó un sistema de justicia más accesible para la población. En suma, la eficacia, la independencia, el control horizontal de los poderes y la accesibilidad, serían las pretensiones centrales de la transformación de 1991.

Tales pretensiones en algunos casos se enunciaron como derechos, como cuando en el artículo 29 se habla del derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, o en el 229 del derecho a acceder a la justicia. En otros casos se recogen como un deber del Estado al enunciar que las decisiones judiciales serán independientes (artículo 228). Por otra parte, las pretensiones de control sobre los otros poderes se deducen, entre otros, de la primacía otorgada a la Constitución y de la invocación de derechos fundamentales que deben ser garantizados y respetados por las autoridades.

ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA MEJORA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Ahora bien, ubicados estos objetivos, es fundamental identificar de qué manera la Constitución generó mecanismos o arreglos institu-



cionales dirigidos a obtener la realización de los mismos. A continuación se pretende responder a esta pregunta.

Fortalecimiento del judicial como contrapeso de los otros poderes públicos

Con la creación de la Corte Constitucional y las competencias que se le entregaron, el ordenamiento constitucional optó por establecer un órgano especializado con las capacidades para limitar el accionar de los poderes legislativo y ejecutivo, tanto respecto a la extralimitación de sus funciones como respecto de potenciales o reales violaciones a los derechos humanos. La creación de una instancia especializada para la defensa en última instancia de la Constitución fue un paso cualitativamente relevante en la medida no solo de su concentración, a diferencia de la anterior Sala Constitucional de la Corte Suprema, sino por su origen, el cual si bien pretendía dar cuenta de la pluralidad política parlamentaria, le otorgó unos niveles particulares de independencia².

El carácter de contrapeso del judicial trasciende obviamente a la Corte Constitucional y se ubica hoy en el ámbito de la jurisdicción constitucional donde cada juez (a) tiene atribuciones específicas que pueden establecer límites a los otros poderes del Estado.

En suma, la creación de la Corte Constitucional y el desarrollo de la jurisdicción constitucional serían la expresión institucional concreta de la pretensión de contar con mayores contrapesos al accionar de los otros actores centrales del Estado.

Mayores capacidades para la persecución judicial del crimen

La creación de la Fiscalía General de la Nación se entendió en su momento como la respuesta a las serias deficiencias del Estado colombiano para investigar y juzgar la delincuencia en sus diversas expresiones. Se consideró que la creación de un ente especializado con las facultades de investigar y acusar permitiría superar las deficiencias del precedente sistema inquisitivo que había colapsado por la confusión de ambas tareas y por la fuerza organizada especialmente del narcotráfico que por distintas vías había presionado, amenazado y afectado el funcionamiento del poder judicial. En la Carta de 1991 la creación de la Fiscalía se estructuró en el marco de un sistema penal mixto, donde se dotaba a esta de facultades jurisdiccionales como ordenar la captura y detener. Con el acto legislativo 3 de 2002 se introdujo de manera más clara un sistema acusatorio en el que la Fiscalía se encarga fundamentalmente de investigar y acusar, retirándosele, salvo excepciones limitadas, facultades de tipo jurisdiccional, las cuales solo pueden tener los jueces.

Además de la especialización antes anotada, la introducción de la Fiscalía conllevó dos cambios cualitativos importantes. De un lado, permitió generar una cabeza clara a la hora de liderar la política criminal del Estado, y en segundo lugar, en cuanto ente adscrito a la rama judicial, se le reconoció independencia en distintos planos relacionados con sus funciones (Sintura, 2011).

Con la introducción del sistema acusatorio, en cabeza de una Fiscalía que hoy cuenta con cerca de la mitad del personal y del presupuesto de la rama judicial, se pretendía un poder judicial más eficaz en lo que hace referencia a la lucha contra la criminalidad y la reversión de la impunidad.

² Según Schor, la creación de la Corte Constitucional fue una apuesta para romper con el tradicional control formal de constitucionalidad desarrollado por la anterior Sala Constitucional de la Corte Suprema. Ver Schor, 2011.

Mejores condiciones institucionales para la independencia judicial

La creación de un órgano de autogobierno judicial, tanto a nivel administrativo como disciplinario en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, conllevó un cambio cualitativo respecto a lo que era la dependencia, al menos a nivel administrativo, del poder judicial respecto del ejecutivo. Siguiendo el camino abierto por algunos países europeos, el orden constitucional incorporó un organismo, proveniente, en este caso, indirectamente de las altas cortes, que debía garantizar una administración más eficaz y eficiente de los recursos para la administración de justicia y de las unidades judiciales, a su vez que un mecanismo para el control disciplinario de los jueces por un órgano inicialmente autónomo del Gobierno y el Legislativo.

La creación de un órgano como este se puede atar a dos objetivos diferentes de los arriba anotados. De un lado, debía permitir un poder judicial más independiente en la medida en que sería una instancia no perteneciente al Ejecutivo, quien gestionaría administrativa, presupuestal, disciplinariamente, etcétera, a la rama. Con todo, se esperaba igualmente que un fortalecimiento en la capacidad de gestión de los recursos y en el control a las posibles fallas disciplinares de los jueces, sustentara una parte de la pretensión de buscar una justicia más pronta y cumplida.

Una justicia más accesible

La introducción de acciones constitucionales como la tutela, la de cumplimiento, la de grupo y la popular, buscaba generar mecanismos para obtener el cumplimiento de normas de la Constitución especialmente relacionadas con derechos individuales y colectivos. La creación de las mismas y en determinados casos su escasa formalización

vía la no necesaria intervención de abogados, permitió que el aparato de justicia fuera más accesible a la ciudadanía. A diferencia del pasado precedente, existen mecanismos judiciales idóneos y relativamente fáciles para poder usar el sistema judicial y buscar la defensa de determinados derechos. Esto se complementaría con ajustes legales como los relacionados con la introducción de las casas de justicia y el fortalecimiento de los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

Obviamente con la introducción de estas acciones y demás mecanismos de orden legal, se pretendía un servicio de justicia más accesible a la población, en el entendido de que parte de la violencia que vivía el país se debía a la tramitación no formal-violenta de las diferencias surgidas en distintos ámbitos de la vida social.

“Desestatización” de la justicia

Esta tendencia hace referencia a la entrega limitada de labores judiciales a instancias de la sociedad tales como las autoridades de los pueblos indígenas o los jueces de paz. Si bien se les inviste de funciones públicas y en tal sentido actúan a nombre del Estado, es claro que la administración de justicia ya no aparece como un monopolio pleno formalmente en cabeza del Estado sino que cuenta con participación de la sociedad, dando lugar a la generación de la hoy comúnmente denominada justicia comunitaria. Estos procesos tienen protagonismo en sí mismos dado el rompimiento arriba indicado en lo relativo al monopolio del poder judicial, pero obviamente entroncan con las pretensiones de acceso antes identificadas.

En suma, la Constitución de 1991 conllevó una transformación a fondo de la organización de la administración de justicia. Esto no solo correspondió con la creación de nuevos entes sino ante todo con la orientación inicial de los mismos. En



tal sentido, la introducción de la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura estuvo orientada, entre otros, a buscar un sistema de justicia más eficaz y eficiente. La creación de la Corte Constitucional y también del Consejo Superior de la Judicatura buscaba un poder judicial con más capacidades de control sobre los otros poderes y sobre sí mismo, permitiendo a su vez mayores niveles de independencia. Por su parte, las acciones constitucionales y los procesos de “desestatización” de la justicia buscaban una justicia más accesible y por tanto cercana a las expectativas y necesidades de la ciudadanía.

Ahora bien, luego de 20 años de funcionamiento de este entramado, son varios los balances que se han enunciado en torno tanto del impacto del mismo como de su diseño. A continuación se presentan algunos planteamientos al respecto.

BALANCES SOBRE LA REFORMA JUDICIAL DE 1991

En el actual contexto de celebración de 20 años de la Constitución de 1991 y luego de más de 30 reformas en su haber, se viene discutiendo una reforma a la justicia de nivel constitucional. De hecho, la misma no solo es expresión de un intento reiterado de los últimos dos gobiernos por transformar varios aspectos de la estructura constitucional actual. Tras de esa pretensión existe el diagnóstico, no siempre contrastado y riguroso, de que la administración de justicia colombiana sigue siendo congestionada, lenta, morosa, imprevisible, etcétera, y ello se explicaría en gran parte por lo que dice y no dice la Constitución.

En nuestro entender, no es dable evaluar el alcance de una Constitución en cualquier nivel, apelando a una realidad que la desdice de una u otra manera, en razón de dos argumentos. De un lado, aceptar que las normas constitucionales son las

culpables, por ejemplo, de los niveles de impunidad o de la congestión judicial es asumir implícitamente que es posible cambiar la realidad mediante permanentes reformas jurídicas, pensando que existe una fórmula idónea para ello. Esto es lo que en Colombia ha hecho carrera bajo la expresión “fetichismo jurídico”, la cual desconoce una vieja máxima de la sociología jurídica que deja bien claro que una cosa es el derecho en los libros y otra en la acción. Un segundo argumento sostiene que al valorar el funcionamiento de cualquier arreglo institucional deben tenerse en cuenta las formas de apropiación diversa por parte de los actores estatales y sociales, las consecuencias no previstas a la hora del diseño institucional y el papel de desarrollos legislativos o reglamentarios limitados o contrarios respecto del orden constitucional. La idea de que la Constitución es norma de normas no nos puede permitir desconocer que su vigencia descansa en las burocracias y en las normas de diverso tipo que las enmarcan.

Lo anterior no quiere decir que sea imposible hacer un balance sobre los alcances de una Constitución, sino que establece el deber argumentativo de enunciar bajo qué criterios se hace el mismo, obviamente teniendo el cuidado de ir más allá de la fácil contrastación con determinados hechos de la realidad. Por tanto, desde nuestra óptica, los términos de evaluación pueden visualizarse estableciendo cómo diversas lecturas sobre la práctica constitucional en los últimos años han identificado si los diseños institucionales macro han tenido un comportamiento en general adecuado o no respecto de los objetivos que perseguían, entendido con todo que su enunciación constitucional no les da eficacia inmediata. Por tanto, veinte años de experiencia sí nos permiten ver qué aspectos del andamiaje constitucional han tenido impactos positivos o negativos en los anteriores términos, al margen de otras mediaciones como las legales y burocráticas arriba indicadas. Por tanto, la pretensión del balance que se presenta

a continuación se ubicará en el terreno de ver si se han identificado problemas de diseño o vacío institucional que puedan estar impactando en su funcionamiento. Con todo, lo que se presenta aquí es principalmente un inventario de posiciones diversas sobre el tema, dado que a nuestro juicio y como ya indicamos, no existen estudios serios que den cuenta definitiva sobre temas que son materia de discusión.

El judicial: entre el activismo y el contrapeso

La introducción de la jurisdicción constitucional vista en sentido amplio ha sido valorada positivamente en cuanto ha logrado introducir mayores niveles de control sobre el Ejecutivo y el Legislativo. Esto es particularmente claro en materia de limitación al alcance de los estados de excepción por el Ejecutivo, en el control a los poderes de reforma constitucional del Legislativo y en la defensa de los derechos fundamentales respecto de abusos tanto del ámbito público como privado. El actual diseño de la Corte Constitucional ha permitido morigerar el sentido fuertemente presidencialista del régimen político y ha permitido una *accountability* horizontal que ha impactado en la calidad de la democracia constitucional. Con todo, la introducción de la posibilidad de una reelección del Presidente ha planteado inquietudes sobre si la intervención directa o indirecta de este en el proceso de selección de magistrados de la Corte Constitucional puede dificultar las condiciones para su independencia. En tal sentido existen voces que plantean la necesidad de repensar los periodos constitucionales de los magistrados de dicha Corte o su mecanismo de selección (Revelo, 2008).

Por su parte, las críticas a este renovado papel de la Corte Constitucional han venido por lo que se ha denominado como un proceso de activismo judicial que ha desembocado en una politización de la justicia y en una judicialización de la política (Ilsa, 2008). Se ha sostenido que al menos respec-

to de algunas decisiones con connotaciones sociales y económicas, esta Corte se ha extralimitado en sus funciones y ha invadido los terrenos del Ejecutivo y del Legislativo. Por esta vía ha sacado del ámbito de la política decisiones que se trasladan al ámbito judicial (judicialización de la política). A este argumento, otros autores han agregado que esa extralimitación no es solo un problema del diseño constitucional actual, sino de los intereses de algunos integrantes de la Corte Constitucional por desarrollar carreras políticas de diverso orden a través de sus sentencias (politización de la justicia)³. En términos de diseño institucional, esta crítica ha enunciado que los problemas radican en el actual marco de competencias que la Constitución le otorga a la Corte y que merece ser precisado. Bajo tal pretensión estarían aquellas propuestas de reforma que buscan impedir sentencias moduladas, condicionadas o retroactivas. En igual sentido, a fin de evitar el uso de la Corte Constitucional como un trampolín para futuras carreras políticas, se ha propuesto el aumento de la edad mínima para aspirar a ser magistrado, lo cual se ha incluido en el proyecto de reforma constitucional del presidente Santos (CEJ, 2010).

La justicia penal: entre el protagonismo y la impunidad

La introducción de la Fiscalía y del sistema acusatorio ha sido valorada positivamente en cuanto ha permitido la investigación y la persecución

3 Las razones que explican la llamada judicialización de la política se han movido en dos terrenos. Para autores como Porto, esto se ha debido a la incapacidad del Gobierno y el Legislativo de responder a las demandas sociales en diversos ámbitos de forma tal que el poder judicial se ha convertido en la respuesta a diversas expectativas sociales (Porto, 2008). Otros sectores explican este proceso como producto de las agendas ideológicas y políticas de algunos magistrados en cuanto actores racionales. Ver Clavijo, 2001. En tal sentido, el activismo judicial no necesariamente sería el producto del actual diseño institucional meramente.



efectiva de algunos delitos de alta connotación pública, tales como los relacionados con la narcopolítica, el narcoparamilitarismo, la corrupción pública y en determinados casos relacionados con abusos contra los derechos humanos, particularmente por la fuerza pública. Esto le ha dado a la Fiscalía un protagonismo público y político excepcional en la medida en que bajo su accionar entran en juego poderosos intereses de actores políticos y económicos de diverso orden.

Con todo y a pesar de que las cifras de criminalidad contra la vida han bajado en los últimos años, el récord accionar de la Fiscalía respecto de la persecución del delito que afecta a la población en general es limitado. Según la Corporación Excelencia para la Justicia, entre 2005 y 2009 se profirieron 5.587 condenas por homicidio, mientras se reportaron 50.000 casos⁴. En el mismo lapso se generaron “2.707 condenas por delitos sexuales contra menores de 14 años y 1.306 contra mayores de 14, 1.321 por extorsión y 717 por secuestro. En la mayoría de las condenas, los acusados aceptaron los cargos en su contra” (CEJ, 2011). Por su parte, para este periodo se recibieron 2.129.000 noticias criminales, pero de ellas 1.174.000 apenas estaban en indagación, lo cual significa que los casos en trámite de fondo son inferiores al 50% (CEJ, 2011).

Tras esta situación se ha esgrimido un cúmulo de explicaciones. De un lado, está la falta numérica y en profesionalización de policía judicial, lo cual dificulta la investigación de los delitos máxime cuando su número es alto (Sintura, 2011). De otra parte, está la ausencia general de recursos para implementar la oralidad en el sistema acusatorio, que según el exmagistrado del Consejo de

la Judicatura Hernando Torres, equivale a 65.000 millones de pesos. En relación con la impunidad igualmente se ha aducido el exceso de garantismo del Código de Procedimiento Penal y las bajas penas respecto de algunos delitos. Las recientes reformas que ajustan aspectos como penas, condiciones para ordenar allanamientos y edad penal de los jóvenes, introducidos entre otros en la ley de seguridad ciudadana, van en esta vía.

Como puede verse, los problemas de impunidad penal se explican por factores que van más allá de la Constitución. Con todo, la experiencia reciente ha mostrado que algunos aspectos de nivel constitucional merecen ser repensados aunque tengan relación indirecta con la impunidad. Es así como se ha enunciado la necesidad de reformar el mecanismo de selección del Fiscal General. No solo se trata de las dificultades generadas por el “enroque” entre Gobierno y Corte a propósito de la designación reciente de este cargo. Lo que está en juego es la independencia del Fiscal General respecto del Gobierno, el cual en la historia reciente ha apelado a la generación de “ternas de uno” que garantizan la designación de un Fiscal cercano al Ejecutivo. La ocurrencia de lo anterior en al menos dos casos recientes ha facilitado que determinadas investigaciones de connotación política e interés para los gobiernos no fluyan de manera adecuada o definitivamente se vean congeladas. Lo anterior es jurídicamente posible si se tiene en cuenta que la Fiscalía está organizada jurídicamente a nivel constitucional y legal bajo los principios de autoridad y jerarquía en cabeza del (la) Fiscal General, que es en últimas quien puede decidir el cierre o la apertura de las investigaciones más sensibles en un momento determinado. En otros términos, la discusión sobre el mecanismo de designación del Fiscal tiene que ver con su independencia e indirectamente con las condiciones para que pueda permitirse la no impunidad respecto de casos de determinado interés público (Burgos, 2009).

4 Según la revista *Semana*, “de cada cien asesinatos, solo en siete de los casos se logra encontrar al culpable y condenarlo. Esto quiere decir que de un año como 2010, cuando se presentaron 15.459 asesinatos, solo se conocerán los responsables de 1.082”.

El autogobierno judicial

La creación y el funcionamiento del Consejo de la Judicatura, particularmente en su dimensión administrativa, ha sido valorada, más interna que externamente, como un paso adelante en materia de profesionalización e institucionalización de la judicatura. La evaluación positiva se funda en aspectos como la introducción de la carrera judicial, la cual cubre a la totalidad de los magistrados de tribunal y a buena parte de los empleados y funcionarios judiciales; en la mejora, desigual pero evidente, de la infraestructura para el desempeño judicial; en la generación de información relevante sobre el funcionamiento de la administración judicial; en la creación de mecanismos especiales para la descongestión, etcétera. De los tiempos cuando la rama judicial dependía en su dimensión administrativa del Ministerio de Justicia, se ha visto como positivo que esta misma pueda gestionar los recursos que le corresponden sin mayor mácula, dados los escasos sino nulos casos de corrupción a este nivel. En suma, el autogobierno judicial ha impactado en generar mejores condiciones para la independencia de los jueces y para una gestión judicial más adecuada aunque no siempre efectiva.

La valoración positiva se contrasta con evaluaciones críticas que sostienen en primer lugar que la labor del Consejo ha tenido un escaso impacto en permitir una descongestión de los despachos judiciales y una pronta y cumplida justicia. Según la Corporación Excelencia en la Justicia, para 2009 la jurisdicción civil tenía 520.000 casos represados, mientras la penal contaba con 149.000 y los asuntos labores y de familia llegaban a cifras de represamiento de 114.000 y 64.000 casos respectivamente. Con todo, los datos entre 2006 y 2009 mostraban un descenso en este indicador (CEJ, 2011). Según datos del Consejo de la Judicatura, el inventario total de casos para 2009 era de 2.893.969, cifra ligeramente menor a la de 2008 que fue de 3.052.900 (CSJ, 2011). En lo relativo

a la duración de los procesos, estimaciones del mismo Consejo han establecido que en “la jurisdicción ordinaria es de 655 días, en la jurisdicción disciplinaria de 999 días, y en la jurisdicción contenciosa de 926 días. Registrándose una duración promedio a nivel nacional de 732 días por proceso judicial” (CEJ, 2009).

Otra valoración crítica es la que sostiene que sin desconocer los alcances de la carrera judicial, la introducción de la misma no ha podido extirpar dinámicas de clientelismo judicial que han facilitado las provisionalidades o los traslados de funcionarios de un lugar a otro del país (Burgos, 2009). En sentido complementario, la independencia de los (as) jueces, sigue estando afectada por presiones y amenazas especialmente de actores sociales de poder, armados o no, que no han sido enfrentadas con decisión ni por la judicatura, ni por la Fiscalía, ni por el Gobierno.

Por su parte, las críticas también se han dirigido a la Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura. En lo fundamental se mira con mucha preocupación la forma como se han emitido fallos de tutela contra decisiones judiciales, particularmente en contra de personas vinculadas al mundo de la política o cercanas a ella. Por ejemplo, en los últimos años ha decidido con respecto de varias acciones de tutela, las cuales han terminado favoreciendo a integrantes del Gobierno, como el exministro de Protección Social, Diego Palacios, y a políticos vinculados a los casos de relaciones con los paramilitares, como Mauricio de la Espriella. Igualmente, esta Sala revocó la tutela que ordenaba al Gobierno nacional suspender la extradición del jefe paramilitar alias ‘Macaco’, hasta tanto no respondiera por los crímenes de lesa humanidad y reparara a las víctimas en Colombia. En este caso, la Sala Disciplinaria favoreció la tesis del Gobierno del momento en el sentido de permitir la extradición del jefe paramilitar (Burgos, 2009).



Lo anterior no es algo imprevisible si tenemos en cuenta que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior tiene, de acuerdo con la Constitución, un origen político que ha lastrado su funcionamiento en casos como los anotados. Efectivamente, en tiempos recientes, para la mencionada Sala han sido seleccionadas personas sin ninguna formación y experiencia en la administración de justicia, pero sí con trayectoria política cercana al Gobierno del momento. El hoy magistrado Angelino Lizcano proviene del grupo político del excongresista Luis Fernando Almario, investigado por la parapolítica y la Farcpolítica. El magistrado Ovidio Claros fue recomendado por Colombia Democrática, partido del primo del expresidente Uribe, el exsenador Mario Uribe, también investigado por la parapolítica. El tercero y último caso es el de Pedro Alonso Sanabria, ex candidato conservador a la gobernación de Boyacá y vinculado al escándalo de DMG, a partir de unas grabaciones que hablan de haberle dado millones de pesos para su fallida campaña.

Volviendo al tema de la gestión de la rama judicial, son variadas las posibles explicaciones que están tras la persistencia de la congestión, la morosidad, la lentitud y la eventual corrupción a las que se asocia críticamente el funcionamiento del Consejo de la Judicatura. Están desde los problemas de no acceso a determinados recursos de infraestructura y la gestión del trabajo y de la productividad hasta cierto punto adjudicables al Consejo (Restrepo, 2010). En igual sentido se encuentran los factores procedimentales que aún ralentizan el desarrollo de determinadas causas; las conductas legales pero oportunistas de los abogados para dificultar el avance de ciertos procesos; la forma como otras instancias del Estado incurrir en prácticas ilegales que tarde o temprano impactan en el poder judicial; la falta de presupuesto suficiente; los permanentes cambios legales que dificultan establecer claramente los términos de aplicación del derecho, etcétera (Londoño, 2010).

De lo anterior se puede deducir que el fortalecimiento de la gestión judicial y un mayor control sobre las actitudes de los abogados podrían ser afrontados por un accionar más contundente del actual Consejo. Con todo no parece riguroso afirmar que los problemas inveterados de congestión, morosidad, lentitud de la justicia colombiana, son fundamentalmente responsabilidad del Consejo de la Judicatura y su diseño o funcionamiento⁵.

A pesar de lo anterior, han surgido varias iniciativas de orden constitucional en torno del autogobierno judicial. De un lado, se ha propuesto la eliminación como tal del Consejo de la Judicatura, dada su supuesta inoperancia (De la Calle, 2010)⁶. De otra parte, se ha planteado que este se podría reformar transformando su estructura de dirección colegiada que dificulta la toma de decisiones estrictamente administrativas. Al respecto, lamentablemente el Consejo Superior se autoconcibe más como una alta corte que como un órgano administrativo y ello es en parte por la estructura colectiva de decisión que tiene desde la Constitución. La propuesta presentada por el Go-

5 Al respecto, Gloria Borrero, presidenta de la Corporación Excelencia en la Justicia ha expresado que la congestión ante todo se explica por procesos abandonados por los litigantes en materia civil. “Nosotros no proponemos la quema de los expedientes, pero estamos seguros de que con unos instrumentos procesales eficientes podríamos evitar la carga. Por eso me parece peligroso darles funciones jurisdiccionales a abogados particulares y a notarios, personas sin experiencia. ¿Estamos sacrificando la justicia a costo de qué?”.

6 Los argumentos para la eliminación del Consejo de la Judicatura no han sido contrastados de manera rigurosa por ningún estudio. En general se ha esbozado que este es un fortín clientelar y que ha servido muy poco a los fines para los que fue creado. Al interior de la judicatura no es bien valorado por ciertos sectores de jueces como una respuesta obvia a las labores de control de desempeño y disciplinario que desarrolla y porque le quitó el manejo de los recursos financieros a los magistrados de las altas cortes. La situación es tan poco clara que el presidente Santos en entrevista con el diario El Tiempo expresó que la desaparición del Consejo Superior se justificaba ante todo por ser una “propuesta (que) vino de algunos juristas muy prestigiosos, incluyendo magistrados de las altas cortes”.

bierno para una reforma constitucional a la justicia no rompe con este esquema sino que lo refuerza no solo al mantener su carácter colegiado sino ligado a la presencia de los presidentes de las altas cortes, los cuales vuelven a tener funciones administrativas mezcladas con las propiamente judiciales.

Obviamente se ha planteado que las labores de orden disciplinario de nivel superior no pueden estar en manos de personas con perfil y origen político antes que técnico. La transformación del origen parlamentario de los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo se ve como altamente pertinente. Con todo, la propuesta del gobierno Santos rompe totalmente con este esquema al poner las funciones de control disciplinario en los superiores jerárquicos del correspondiente funcionario, aspecto que agrega más trabajo no judicial a aquel y afecta las condiciones para la independencia judicial del inferior, el cual puede sufrir presión o retaliación de un superior jerárquico con orientaciones interpretativas diferentes.

Otras medidas de nivel constitucional que se vienen planteando son la introducción de un referente presupuestal fijo que permita que el órgano de autogobierno no dependa de las aprobaciones presupuestales acordadas entre Legislativo y Ejecutivo. De hecho, según registros de prensa, existía un consenso entre el Ejecutivo y el Judicial en tal sentido, pero esto no quedó registrado en la propuesta de reforma. Con todo, la propuesta de reforma judicial presentada por el Consejo de Estado sí lo incluye.

Justicia más accesible pero más congestionada

La creación de diversos mecanismos para facilitar el acceso a la justicia ha impactado en una mayor demanda sobre el aparato de justicia. En

los últimos años, aunque no siempre de manera sostenida, se ha visto un crecimiento de los casos presentados a los jueces. Así, según la CEJ, “en 1998 entraban 1.402 expedientes y salían 1.289, en el año 2003 entraban 1.270 frente a 1.375 que salían lo que presagiaba un mejoramiento; pero si se mira el año 2008 se encuentra nuevamente con que ingresan 1.445 frente 1.298 que salen”. Por su parte, estimaciones aparecidas en la revista *Semana* registraban que el “número de casos que entra al sistema judicial aumentó en 180 por ciento en los últimos 15 años, mientras el número de fiscales, investigadores y jueces no creció más de 20 por ciento”.

Esta situación puede ser expresión de un mayor acceso de la población, pero en determinadas áreas se funda en la existencia de litigantes reiterados que utilizan de manera permanente el sistema de justicia (Santos, 2004). Por tanto y a falta de análisis más pormenorizados que den cuenta del mayor o menor acceso poblacional a la justicia, el aumento de la demanda puede considerarse como un ‘indicio’ de un uso social de la justicia más amplio.

Uno de los ámbitos donde el mayor acceso parece claro es el relativo al uso de la tutela. Hasta finales de 2010 se habían presentado cerca de tres millones y medio de acciones de amparo dirigidas particularmente a garantizar la defensa de los derechos a la salud y a la pensión. Obviamente las razones para lo anterior no solo descansan en la facilidad del recurso y en la sensación de que funciona, sino que en ello ha influido que la tutela se ha convertido en un ‘requisito’ para obtener el reconocimiento de determinados beneficios particularmente ligados con el derecho a la salud. En otros términos, son múltiples las causas que pueden explicar el aumento de tutelas. Con todo, un tema pendiente de análisis es el nivel de cumplimiento que están teniendo las decisiones de los jueces, el cual, según



comentarios autorizados, no es tan generalizado como se pensaría⁷.

Si bien el comportamiento de la tutela y una mayor demanda de justicia pueden ser indicios de un mayor acceso, distintos actores han planteado que el aumento de la demanda judicial y el uso extensivo de la tutela se han convertido en factores de congestión. Particularmente miembros del poder judicial han expresado que el tiempo dedicado a responder tutelas ayuda a explicar por qué se retrasan y acumulan los casos propios de su competencia. Por su parte, autores como Restrepo han enunciado que el aumento de la demanda ayuda a explicar la congestión de la justicia contencioso administrativa. Lo anterior es particularmente notable si tenemos en cuenta que una dimensión de las reformas judiciales en Colombia ha sido la de reorientar parcialmente la demanda de justicia a espacios de solución informal de conflictos como la conciliación, la mediación, etcétera. En últimas, la discusión planteada es si un mayor acceso puede tener una correlación positiva con una mayor congestión.

La dimensión constitucional que este tema tiene se ha puesto en torno a variar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela para evitar su abuso. En tal sentido se ha planteado el establecimiento de plazos fijos para su eventual presentación o su no viabilidad en determinados temas como los relacionados con las sentencias judiciales o la sujeción de estas a requisitos (Jaramillo, 2007). Desde el gobierno del presidente Santos se ha planteado el fortalecimiento de espacios de solución no judiciales de los conflictos como los relativos al otorgamiento de funciones temporales de resolución de diferencias a entidades administrativas o a los mismos abogados, es-

trategia que a nuestro entender busca reorientar la demanda a espacios no directamente ligados con el aparato de justicia.

CONCLUSIONES

La reforma judicial incorporada en la Constitución de 1991 estuvo ligada, entre otros, a cuatro objetivos centrales: eficacia, independencia, control judicial del poder y accesibilidad. Para lograr estas pretensiones, la carta política incluyó varios arreglos institucionales. Así, la creación de una Corte Constitucional fue la manera de promover no solo la defensa de la Constitución sino un control al Ejecutivo y al Legislativo. Por su parte, la introducción del Consejo de la Judicatura pretendía un Judicial más independiente y eficaz. De otro lado, la incorporación de la Fiscalía General buscaba mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad. Finalmente las acciones constitucionales y la aquí denominada “desestatización” parcial del servicio de justicia, estuvo animada por promover un mayor acceso ciudadano al mismo.

Cumplidos 20 años, los balances sobre el impacto macro de estos arreglos son claros. Los claros de este balance son varios. De un parte, se ha logrado un mayor control judicial al poder político, particularmente en lo relativo a sus márgenes de acción para declarar el estado de excepción o para eventualmente vulnerar los derechos de las personas. En materia de acceso, el uso de la tutela y un crecimiento de la demanda social por el servicio de justicia parecen ser indicios de mayor accesibilidad. En lo relativo a la eficacia, la creación del Consejo de la Judicatura ha permitido contar con condiciones de infraestructura y gestión judicial más óptimas que han permitido aumentar la productividad de los jueces, lo cual hasta cierto punto ha evitado unos mayores niveles de congestión ante los aumentos de la demanda. En materia de independencia se ha logrado

⁷ En este libro hay un artículo dedicado al análisis del funcionamiento e impacto de la acción de tutela, por tanto aquí no se hará un abordaje amplio en tal sentido.

contar con jueces más profesionalizados vía la extensión de la carrera judicial.

Por su parte, los oscuros de esta evaluación también son múltiples. El principal de ellos tiene que ver con la ineficacia en la persecución institucional del crimen. Salvo los casos de cierto protagonismo respecto de delitos de connotación pública, la Fiscalía sigue fuertemente superada por tasas de criminalidad común, cuya investigación no se ha logrado de manera adecuada. Para algunos sectores, el control judicial transmutó en un activismo excesivo de la jurisdicción constitucional en aspectos relacionados con el ámbito de decisión económica y social del Ejecutivo y el Legislativo. De otro lado, la congestión y la morosidad judiciales siguen a la orden del día y además su continuidad se le ha endilgado en parte al mayor acceso a la justicia. Finalmente, la independencia judicial sigue estando afectada por restricciones presupuestales y por las amenazas o presiones de diverso orden que afectan a los operadores judiciales en diversas zonas del país.

El balance anterior no se puede entender como una descalificación al marco institucional vigente. En otros términos, no es posible sostener que por culpa última de la Constitución no se han logrado los objetivos enunciados en la misma. Tras de ello hay múltiples factores que van desde el desarrollo legal limitado o insatisfactorio de la Constitución; el mantenimiento de prácticas sociales, como el formalismo de los abogados o el abuso de ciertas burocracias que disputan lo previsto en la norma superior; la falta de un debido presupuesto para el poder judicial, etcétera. En particular, los problemas de eficacia aún vigentes en el sector justicia difícilmente pueden explicarse por el marco constitucional.

Esto no quiere decir que no haya aspectos constitucionales de la estructura judicial que puedan ser repensados. Entre otros, estarían la eliminación del origen político de la Sala Disciplinaria

del Consejo de la Judicatura, el fortalecimiento de la autonomía presupuestal de la rama y el ajuste en el origen de las ternas para designar Fiscal General. Otros cambios dirigidos a enfrentar los nuevos y viejos problemas de la justicia se pueden hacer por la vía legal o reglamentaria.

Parafraseando a Uprimny, la discusión constitucional en torno de una nueva reforma judicial se encuentra en una encrucijada. Asumiendo que buena parte de los problemas que aquejan a la justicia no son de orden constitucional, los intentos de reforma pueden transcurrir por la vía del fortalecimiento de lo ya existente, aunque no sea imperativo, o por la reversión de lo avanzado, retornando al marco pre 1991 de un aparato judicial que además de ineficaz e ineficiente, era poco independiente, inaccesible e irrelevante para la defensa de los derechos (Uprimny, 2005).

A primera vista, el proyecto de reforma presentado por el gobierno Santos insiste nuevamente que la vía constitucional es la respuesta a problemas que como hemos visto tienen otro origen. Los diagnósticos implícitos de la misma son varios y no siempre debidamente contrastados. Entre ellos están los problemas de la tutela contra sentencias; el exceso de juventud de los magistrados como posible explicación de activismo; el fracaso del Consejo de la Judicatura; los efectos indeseados de la judicialización de los conflictos que precisan de vías sociales para su tramitación; la politización del rol nominador de algunas instancias judiciales para la designación de determinados casos, etcétera. Las respuestas son una mezcla de volver al pasado (cooptación plena, confusión de lo judicial y de lo administrativo, aumento de la edad de jubilación y de los años de experiencia, etcétera); de saltos hacia adelante (creación de colegio de abogados, otorgamiento de facultades judiciales a abogados y notarios, etcétera) y de repolitización de los órganos de control como la Procuraduría y la Contraloría.



REFERENCIAS

- Borrero, G. (2011). Entrevista concedida a la revista *Semana*. Disponible en: www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=161789
- Burgos, G. (2009). *Justicia bajo presión*. Bogotá: ILSA.
- CEJ (2009). Descongestión de procesos requiere planes de avanzada. Disponible en: <http://www.cej.org.co/sala-de-prensa/presencia-en-medios/1493-descongestion-de-procesos-requiere-planes-de-avanzada->
- CEJ (2010). Comisión de reforma a la justicia. Disponible en: <http://www.cej.org.co/comision>.
- CEJ (2011). Más de un millón de casos están quietos en nuevo sistema penal. Disponible en <http://www.cej.org.co/sala-de-prensa/presencia-en-medios/2572-mas-de-1-millon-de-casos-estan-quietos-en-nuevo-sistema-penal>.
- Clavijo, S. (2001). Fallos y fallas económicas de las altas cortes. Disponible en: <http://ideas.repec.org/p/bdr/borrec/173.html>.
- CSJ (2011). Informe al Congreso de la República. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- De La Calle, H. (2010). La reforma que requiere la administración de justicia. *Perspectiva*, edición 24.
- Fuentes, A. (2001). *Demanda y oferta judicial. Dificultades de ajuste*. Estudios Ocasionales. CIJUS. Bogotá: Uniandes.
- García, M. y Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- ILSA (2010). *Los jueces entre el Derecho y la política*. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá: ILSA.
- Jaramillo, J. y Botero, C. (2007). *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Bogotá: ILSA.
- Londoño, M. (2008). La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 38, No. 109, pp. 385-419.
- Porto, H. (2008). La administración de justicia en el estado social de derecho privatizado. *Jurídicas*, 5, 1, pp. 189-208.
- Restrepo, M. (2010). Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa. *Estudios Sociojurídicos*, 12, 1.
- Revelo, J. y García, M. (2008). El poder nominador del Presidente y equilibrio institucional. *Foro* No. 65, agosto 5 de 2008.
- Santos, B. y García, M. (2004). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Schor, M. (2011). Un ensayo sobre el surgimiento de cortes constitucionales: los casos de México y Colombia. *Revista de Economía Institucional* 24, pp. 86-111.
- Semana (2011). *Catástrofe*. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/catastrofe/143695-3.aspx>.
- Sintura, F. (2011). Entrevista sobre balance de la Constitución de 1991. Disponible en: www.ambitojuridico.com.
- Torres, H. (2011). Entrevista sobre balance de la Constitución de 1991. Disponible en: www.ambitojuridico.com.
- Uprimny, R. (2005). *La justicia en la encrucijada*. Documento disponible en: http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=78.



• CAPÍTULO VIII •
LOS ÓRGANOS DE CONTROL

■ ■ ■ ■ ■ La eficacia del control fiscal posterior
y selectivo en la lucha contra la corrupción

Juan Carlos Galindo Vácha

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Maestro en derecho y economía de seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, Vicepresidente de la Comisión Nacional de Asuntos Electorales de la Procuraduría General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. En la actualidad dirige la oficina Galindo Vácha Abogados.



La eficacia del control fiscal posterior y selectivo en la lucha contra la corrupción

Por: Juan Carlos Galindo Vácha

La Carta Política de 1991 aportó grandes cambios en el paisaje constitucional colombiano. Veinte años después, es necesario el análisis de estos cambios y de las prácticas que han surgido a partir de la regla y del contenido normativo (sentido) dado por la jurisprudencia¹.

Uno de los nuevos e importantes paradigmas introducidos por la Constitución Política de 1991 versa sobre el control de la Contraloría General de la República. El artículo 267 del texto constitucional prevé que:

Este nuevo postulado del control fiscal implicó unos cambios importantes en el modo de funcionamiento de la Contraloría General de la República y del control propiamente dicho.

Para hacer un análisis de la eficacia del control posterior y selectivo, es necesario primeramente examinar las funciones y características de la Contraloría General de la Nación (I), seguido del análisis del control fiscal (II) y del sistema anterior del control previo (III), para estudiar el sistema actual (IV) y ver su eficacia (V).

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En 1923 llegó al país la Misión que tomaría el nombre de su director, encabezada por el profesor Walter Kemmerer y formuló una serie de cuestionamientos sobre la Corte de Cuentas, que llevaron a la creación del Banco de la República, la reorientación de la contabilidad de la Nación y la creación del Departamento de Contraloría, mediante la Ley 42 de 1923.

El control previo ejercido por la Contraloría se consagró en el Decreto 911 de 1932 y con la Ley 20 de 1975 se consolidaron los controles previo, perceptivo y posterior (control numérico legal). Se amplió la facultad de la Contraloría para fiscalizar a los particulares que manejen los bienes y recursos del Estado, así como de refrendar los contratos de la deuda pública.

Posteriormente, con la nueva Carta Política de 1991, el control fiscal cambió radicalmente. Se elimina el control numérico legal y se da paso al posterior y selectivo², fundamentado

1 Béchillon, D. (1995). *Qu'est-ce qu'une règle de droit?* París: Odile Jacob.

2 Constitución Política de Colombia (1991), artículo 267: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión

en la eficiencia, la economía, la eficacia y la valoración de los costos ambientales. Se concibió la Contraloría como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa, que debía constituirse en el adalid, en la punta de lanza del cambio institucional y del nuevo Estado colombiano.

Según la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, la finalidad principal de esta entidad consistió en:

«Verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, en el ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas»³ (Corte Constitucional, C-716 de 2002).

Pero es más, en la Constitución se contempló adicionalmente una disposición de hondo contenido y postulado de mucha importancia, que le otorga a la Contraloría unas posibilidades de am-

fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”.

3 Sentencia C-716 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), expediente No. D-3981.

plia y profunda supervisión, como es aquella según la cual la vigilancia de la gestión fiscal incluye el control financiero, de gestión y de resultados. Esta facultad le permite al ente fiscal llevar a cabo sus acciones en tiempo real, como muy bien lo ha definido la Contralora General de la República Sandra Morelli Rico⁴, para observar las acciones de las entidades públicas una vez se hayan realizado, con el fin de evaluar tanto los resultados como su eficacia y utilidad.

EVOLUCIÓN DEL CONTROL FISCAL A LA LUZ DE LOS POSTULADOS JURISPRUDENCIALES

En cuanto al **objeto del control fiscal**, le compete a la Contraloría ejercer el control fiscal respecto de la contabilidad de la ejecución del Presupuesto General del Sector Público, función que comprende la competencia para la consolidación del Presupuesto General de la Nación y el presupuesto de las entidades descentralizadas o por servicios, de cualquier orden territorial, así como la consolidación del presupuesto de los particulares o entidades que manejen fondos de la Nación, pero exclusivamente en relación con dichos fondos, y también respecto de los fondos sin personería jurídica denominados Especiales o de Cuenta⁵.

Las características del control fiscal han sido definidas de la siguiente manera por la Corte constitucional⁶:

4 Morelli Rico, S. *Palabras*. Recuperado el 2 de septiembre de 2011 en: http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?&folderId=29241188&name=DLFE-31350.pdf.

5 Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), expediente No. D-7587.

6 Corte Constitucional, sentencia C-113 de 1999 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), expediente No. D-2151.



«7.4.3 Que de conformidad con el concepto y finalidad del control fiscal, este constituye el instrumento necesario e idóneo en un Estado Constitucional de Derecho para garantizar el cabal y estricto cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, así como para lograr la verificación del manejo correcto del patrimonio estatal, y la preservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos, así como la protección del patrimonio público, esto es, la protección de los bienes que están afectos al interés general, garantizando con ello el patrimonio económico estatal para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

«7.4.4 Que las características y alcance del control fiscal, de conformidad con lo establecido por el artículo 267 Superior, se pueden sintetizar en que: (i) constituye una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República, (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (ii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, (vi) cubre todos los sectores y etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vi) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.»

CONTROL PREVIO DE GESTIÓN FISCAL

El control previo ejercido por la Contraloría se consagró en el Decreto 911 de 1932, el cual reorganizaba a esa institución otorgándole el carácter de oficina y contabilidad y control fiscal, que decía en su artículo 9. Literal C: “que el funcionario que ha de celebrar un contrato someta al contralor general una copia del contrato o convenio proyectado para que el contralor general certifique la partida que hubiere disponible en la respectiva vigencia fiscal”.

En 1975, el control previo recibió estatus constitucional al ser incorporado como Contraloría General de la República en la Constitución Política. Esto consolidaría al control previo y preceptivo como una de las reformas más importantes del esquema del control fiscal ya que incrementaba la facultad de la institución para fiscalizar a los entes públicos y privados garantizando la correcta ejecución de los gastos del fisco.

Ahora bien, con base en el Decreto 925 de 1976 se desarrollaron los procedimientos generales del control fiscal establecidos en el Decreto anteriormente mencionado, pero de manera más rigurosa. Así versa en su artículo 2: “el control previo que corresponde ejercer a la contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones los actos y documentos que las originan o respaldan para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos”.

Y este mismo Decreto en el artículo 3 prevé que: “El control perceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros”.

Desde el punto de vista doctrinario, el tratadista Diego Younes⁷ afirma que “el control fiscal es el que se ocupa entre otros aspectos de examinar: la óptica numérico legal del gasto, en especial si se da cumplimiento a la Ley de Apropriaciones Presupuestales; si el monto del gasto ha sido autorizado por el funcionario competente y los giros se efectuaron con exactitud de acuerdo con los valores autorizados; también examinan si hay disponibilidad suficiente para cubrir los gastos; si se trata por la modalidad de avances en dinero se reciba si los avances están ya legalizados como sucede por ejemplo con los viáticos que pagan a los funcionarios públicos destacados en comisión. Igualmente tiende el control previo a verificar la exactitud de las operaciones respaldadas en documentos, facturas, comprobantes y órdenes de compra”.

De acuerdo con Leopoldo Lascarro en su libro *Administración Financiera y el Control Fiscal*, citado por el mismo Younes⁸:

«Las ventajas del Control Previo, prevenir y evitar que se realicen operaciones ilegales o fuera de los límites de las autorizaciones de que goce el administrador, y por ese aspecto representa la máxima aspiración en materia de fiscalización, pues el control perfecto sería aquel que obtuviera que el reconocimiento y la liquidación de las rentas e impuestos fueran revisados y aprobados por la entidad fiscalizadora antes o en el momento mismo del ingreso de los fondos a las arcas del erario y el que consiguiera que el reconocimiento, la liquidación y comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas».

7 Younes Moreno, D. *Derecho constitucional colombiano*. En: *Colombia 2006*. Grupo Editorial Ibáñez Ltda.

8 *Ibid.*

El modelo de control previo fue objeto de muchas críticas, lo cual introdujo un cambio definitivo en la panorámica del control fiscal con la constitución de 1991, tal como lo menciona el profesor Orlando García-Herreros⁹:

«[...] abolió el vicioso sistema del control fiscal 'previo al gasto' que convertía, con frecuencia, a los funcionarios de la Contraloría en coadministradores de la gestión pública y en su lugar estableció, el 'Control Posterior y Selectivo' que debe ser ejercido por la Contraloría General de la República, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley, incluso esta podrá autorizar que en casos especiales la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas, escogidas por concurso de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

«Para sustituir el pernicioso concepto de Control Previo, la Constitución del 91 ordenó que la administración pública en todos sus órdenes, tenga un control interno que se ejerza en los términos que señale la ley, control este que no es dependiente de la Contraloría General de la República. (Art- 209)

«La vigilancia de la contraloría General de la República, se ejerce pues es forma posterior al gasto y de modo selectivo, ese control fiscal comprende, no solo la gestión fiscal de la administración pública, sino que se extiende a la gestión de los particulares y entidades que manejan fondos o bienes de la Nación y, excepcionalmente, a las cuentas de cualquier entidad territorial.»

Para muchos autores, la intromisión de la Contraloría en la administración fue nefasta para

9 García-Herreros Salcedo, O. *Apuntes de derecho constitucional colombiano*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 225-226.



el desarrollo de los fines que esta perseguía, específicamente en lo relacionado con la contratación estatal.

La principal queja que se formuló en contra del sistema de control previo tuvo que ver con la intromisión inadecuada de la Contraloría en el ejercicio de la función administrativa.

Según la Corte Constitucional¹⁰, “la intención de separar las funciones de administración y vigilancia responde a la necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo”.

Si bien es cierto el control previo a priori parece bastante práctico por su carácter preventivo, este sistema se volvió un factor potenciador de corrupción y en una causa de ineficiencia de la administración. Como la Corte Constitucional afirmó acertadamente¹¹:

«La principal queja que se formuló en contra del sistema del control previo tuvo que ver con la intromisión inadecuada de la Contraloría en el ejercicio de la función administrativa.

«En efecto, dada la intervención de la misma en los procesos previos a la ejecución del gasto, el control anterior propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la administración.

«[...] naturalmente que la intención de separar las funciones de administración y vigilancia responde a la necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo.

«Es así como en su momento se admitió que ‘el control previo’ generalizado en Colombia ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas

«[...] el control fiscal previo, ejercido por la Contraloría General de la República y llamado también numérico legal, perseguía verificar anticipadamente que las obligaciones adquiridas por entidades sometidas a la vigilancia fiscal cumplieran los requisitos legales o reglamentarios pertinentes con el fin de aprobar el gasto antes de su ejecución.»

Por lo tanto, la Constitución de 1991 cambió el tipo de control ejercido a fin de acabar con estos problemas y de lograr que el control fiscal correspondiera a la nueva concepción del Estado colombiano y acorde al Estado Social de Derecho.

CONTROL POSTERIOR DE GESTIÓN FISCAL

Por lo tanto, con miras a lograr un modelo de control más técnico y que respondiera a una administración más eficiente y adaptada a las nuevas finalidades del Estado Social de Derecho, se impuso el control posterior y selectivo.

10 Corte Constitucional, sentencia C-089 de 2001 (MP: Alejandro Martínez Caballero), expediente No. OP. 040.

11 Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002. Op. cit.

En cuanto a los momentos del control fiscal, la jurisprudencia constitucional ha expuesto que el control fiscal, el cual es posterior y selectivo, se desarrolla en dos momentos diferenciados que sin embargo se encuentran entre sí claramente vinculados, el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado¹².

Así mismo considera al alto tribunal constitucional que: “en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”¹³.

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁴ considera que el control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales tiene como características las siguientes:

«Es amplio o general, en lo que se refiere al alcance del control fiscal de la cuenta respectiva, toda vez que no existe, en lo sustancial ni en lo procesal, restricción alguna, aparte de que deba ser posterior y a solicitud de quienes están autorizados para pedir la comentada intervención.

«Lo anterior significa que el control fiscal así asumido, en tanto vigilancia de la gestión fiscal que se ejercerá conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca

la ley (artículo 267 de la Carta), conlleva todas las facultades que él implica, como son las de aplicar sistemas de control como el financiero, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (artículo 9º de la ley 42 de 1.993), así como las de levantar el fenecimiento e iniciar el juicio fiscal (artículo 17 ibídem), cuando sea del caso establecer la responsabilidad fiscal a que haya lugar y ejercer la jurisdicción coactiva correspondiente”.

El control posterior permite que, más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de eficacia, eficiencia y economía.

«En todo caso, la función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: EN NINGÚN CASO LAS AGENCIAS DE CONTROL DE LA GESTIÓN PURAMENTE FISCAL DE LA ADMINISTRACIÓN, PUEDEN LLEGAR A CONSTITUIR PARALELAMENTE A ÉSTA UN APARATO DE COADMINISTRACIÓN, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

«Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan UNA DETERMINACIÓN TAJANTE ENTRE LA CAPACIDAD

12 Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009.

13 Corte Constitucional, sentencia C-113 de 1999.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto 6 de Junio de 2000. Expediente C-604.



ORDENADORA DEL GASTO Y LA COMPETENCIA SUPERVISORA DEL MISMO. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, al disponer en el inciso 2º del art. 59 que “la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”. Este mandato, que es determinante, y que por serlo, no se presta a dubitaciones de ningún género, ni a interpretaciones casuísticas, está en vigor»¹⁵ (subrayas ajenas al texto)¹⁶.

15 Herrera, H. et. al. Informe Ponencia sobre Estructura del Estado. En *Gaceta Constitucional* No 59, p. 10.

16 Subrayadas en original de la sentencia C-189 de 1998 de la Corte Constitucional (MP: Alejandro Martínez Caballero), expediente No. D-1859.

Así las cosas y ahora desde una perspectiva más actual, Juan Ángel Palacio Hincapié¹⁷ menciona que:

«Actualmente corresponde a la Contraloría General de la Nación la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, ya no con un criterio numérico o contable, sino que comprenderá «un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales». Pero únicamente cuando se haya liquidado o terminado el contrato. Es un control posterior y selectivo, pues el control previo quedó en manos de las autoridades de control interno de cada entidad.

«Además del control fiscal, a los funcionarios de la Contraloría se les asignan dentro de sus funciones unas complementarias con su actividad y que al igual, como pasa con la Procuraduría, deben proceder, en los eventos en que el resultado de una investigación señale la existencia de una conducta ilícita, a ponerla también en conocimiento de las autoridades pertinentes. Es decir, que además de establecer la responsabilidad que sea imputable por la gestión fiscal e imponer las sanciones que sean del caso, deberán promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias y penales aportando las pruebas respectivas.»

Más específicamente, el control fiscal que ejerce la Contraloría “tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones

17 Palacio Hincapié, J. (2010). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Ed. Sánchez Sánchez, p. 68.

sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados¹⁸.

El control posterior se enfoca hacia los resultados de la gestión fiscal. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional¹⁹:

«De conformidad con el texto de las normas citadas y con la interpretación que de las mismas ha hecho la jurisprudencia constitucional, el control fiscal vigente se caracteriza por la importancia conferida a los resultados de la gestión administrativa.

«El enfoque proyectado del nuevo sistema dirige su atención a los resultados globales de la gestión administrativa, sin sacrificar por ello la claridad y transparencia de la misma; persigue la evaluación de los frutos recogidos por la Administración y no el simple apego de la gestión a la norma. De allí que la evaluación de las políticas financieras que obligan a las entidades a optimizar los recursos, a obtener beneficios de la actividad desplegada y a prosperar en el ejercicio de la actividad administrativa, también sea objeto de atención por parte del nuevo modelo de fiscalización.»

El control fiscal debe seguir también un control selectivo. El carácter selectivo del control fiscal “denota, por demás, que no todas las operaciones de tipo administrativo tienen que estar sujetas a la inspección de la Contraloría General de la República: al organismo de control se le concede la potestad de señalar cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser objeto de la inspección financiera, de gestión y

resultado. La selectividad del sistema tiende a la identificación de patrones de gestión antes que a la revisión de resultados fragmentarios e individualmente considerados; persigue una visión global de las operaciones o actividades administrativas en una tónica de decidido estilo empresarial que supera los resultados obtenidos por el caduco régimen de control previo²⁰.

La administración goza de plena autonomía e independencia para el desarrollo de su gestión fiscal, “surtido lo cual emerge el control selectivo con un sentido retrospectivo e integral que finalmente debe dar cuenta del examen cuantitativo y cualitativo realizado sobre la materialidad de dicha gestión fiscal. Congruentemente las contralorías no hacen parte de ninguna rama del poder público, como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia requerida en todo hacer controlador²¹.

Esta gestión fiscal debe seguir los procedimientos establecidos por la Constitución y las leyes, específicamente en lo que se refiere al control financiero, de gestión y de resultados de la vigilancia de la gestión fiscal que se encuentran definidos en la Ley 42 de 1993²²:

«[Artículo 10] El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría, de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación

18 Corte Constitucional, sentencia C-167 de 1995 (MP: Fabio Monroy Díaz), expediente No. D-754.

19 Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002, op. cit.

20 Ibid.

21 Corte Constitucional, sentencia C-127 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Cierro), expediente No. D-3660.

22 Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema del control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.



financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contralor General.

«[Artículo 12] El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así, como de los beneficiarios de su actividad.

«[Artículo 13] El control de resultado es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un periodo determinado.»

Además de estos controles, se habla de un control de legalidad (artículo 11), en la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables²³.

Un debate actual e importante es saber si la Contraloría sólo puede ejercer un control posterior. Si bien la jurisprudencia anteriormente enunciada permite creer que es así, la exclusión total de otras formas de control parece absurda.

En efecto, la gestión fiscal posterior no implica otra cosa, pero eso no conlleva —en mi criterio— que quedan excluidas otras formas del control

fiscal, así que insisto: cualquier interpretación tendiente a considerar que el único control fiscal admitido en Colombia es el control posterior y selectivo, sería contradictoria a la propia Constitución que habla de una vigilancia fiscal.

Podemos igualmente concordar con lo que dice la actual Contralora General, Sandra Morelli²⁴:

«[...] en ningún momento la política colombiana establece el control fiscal solamente se podrá ejercer de manera posterior y selectiva, al mismo tiempo se promulgan unos decretos, particularmente el Decreto 146 de 2011, donde se establece y se utiliza una expresión realmente sui generis desde el punto de vista jurídico y es la potestad de la Contraloría de ejercer control fiscal en tiempo real.

«Reflexionamos, no con particular ‘malabarisimo cartesiano’ pudimos llegar a la conclusión de que estos parámetros, estas coordenadas jurídicas no eran incompatibles, efectivamente está claro que los órganos de control y particularmente la Contraloría General de la República no debe, ni puede, ni está en capacidad de co-administrar, eso escapa a la lógica del ordenamiento jurídico y de las funciones propias de los órganos de autónomos constitucionales, pero lo que realmente sí estaría muy equivocado es pensar que el control posterior necesariamente tiene que ser un control muy diferido en el tiempo, muy impertinente en término de oportunidades, es decir cuando llega el control y por lo tanto se combinaron estos criterios para, efectivamente, de ninguna manera influir en el proceso de toma de decisiones, ni determinar las decisiones que se están tomando, sino de intervenir de manera inmediata aunque posterior desde el punto de vista jurídico en todas y en cada una de las decisiones”.

23 Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002.

24 Morelli Rico, S., op. cit.

«Y lo más importante, otro aspecto que me parece que se había, realmente, desdibujado desde el punto de vista del control fiscal y es tener siempre presente cuál es el objetivo de la actuación administrativa, cuál es el buen suceso de la aplicación de esos recursos y no perdernos en el procedimiento, por esa razón, implementamos una primera forma de control fiscal, que partía a la inversa, es decir de la base al vértice.»

Por lo tanto, la evolución actual del control fiscal tiende hacia el acompañamiento de la gestión administrativa por medio de advertencias para compensar los defectos inherentes al control posterior, es decir, para prevenir todo detrimento patrimonial. El caso de la ola invernal es una buena muestra de ello. Los resultados de este trabajo de la Contraloría están a la vista. Ha logrado evitar que muchos recursos sean despilfarrados, o que se desatiendan las verdaderas necesidades derivadas del desastre producido por la época de lluvias, la más grave en el país en muchos años. Se conformó al interior de la Contraloría un equipo de funcionarios de la entidad liderado por el Contralor Delegado para la Participación Ciudadana, Felipe Córdoba, quien ha estado presente, al lado de las entidades ejecutoras de recursos públicos, para verificar que las acciones estén dirigidas a la finalidad de superar los desastres; en esa medida, el equipo de la Contraloría General de la República ha estado muy pendiente de la correcta ejecución presupuestal, ha señalado las falencias y demoras y, en fin, ha logrado que la utilización de los recursos sea más efectiva de lo que hubiere sido sin su presencia; de igual manera, fruto de su trabajo, ha elaborado 24 informes para dar a conocer a la ciudadanía las gestiones realizadas. Este esquema del control en tiempo real evita que la intervención de la Contraloría sea muy tardía, manteniendo el principio de la no coadministración, pues el control se realiza en forma posterior, pero inme-

diatamente se producen las acciones de las entidades públicas. Se trata de un mecanismo muy eficaz en la lucha contra la corrupción.

De igual manera, se puede traer a colación que la Contraloría General de la Nación, por primera vez, está llevando a cabo un control fiscal electoral, entendido como la supervisión sobre la utilización de los recursos públicos, no solo provenientes de la Organización Electoral para la preparación del proceso, sino los recursos entregados para el desarrollo de los comicios por las demás entidades del Estado del orden nacional y territorial, así como los recursos entregados a los partidos y movimientos políticos, también para el control de ingreso de los recursos ilícitos al proceso electoral. La Contraloría General de la República organizó un grupo de trabajo interno a cargo de la Contraloría Delegada de Gestión Pública e Instituciones Financieras, para llevar a cabo el control fiscal electoral, definió sus aristas y lo ha venido ejecutando en estos meses pre-electorales, lo continuará haciendo en las etapas electoral y poselectoral. Ha sido la primera vez que la Contraloría ha decidido intervenir directamente, en tiempo real, en el proceso electoral, para lo cual desde ya ha brindado más de cuatro funciones de advertencia a las autoridades electorales, ha dispuesto visitas de funcionarios para que acompañen las fases del proceso electoral. Igualmente ha estado y estará muy pendiente de la ejecución de los recursos públicos de las entidades estatales, para que estos sean utilizados con la finalidad de satisfacer las necesidades de la democracia colombiana.

LA EFICACIA DEL CONTROL POSTERIOR Y SELECTIVO

Varios factores se deben tener en cuenta para hacer dicho análisis. En primer lugar, metodológicamente se deben tener en cuenta las cifras



del control fiscal. Según las propias cifras de la Contraloría General de la República, para 2009, la Contraloría General de la República, por medio del control fiscal, ha establecido alrededor de tres veces el presupuesto de la institución.

Este dato podría parecer significativo y demostraría cierta eficacia. No obstante, según datos recientes de la Auditoría, de mil pesos que debería recuperar la CGR, sólo se están recuperando ocho, lo que demuestra que la eficacia no es tan grande como lo demostraron las cifras de la Auditoría. Sin embargo, con los ajustes que se vienen desarrollando, que está implementando la Contraloría, estos resultados muy seguramente aumentarán en el futuro próximo. Máxime con las disposiciones incorporadas en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), en el que se modificaron las disposiciones del proceso de responsabilidad fiscal para hacerlo más expedito y se incorporó un procedimiento verbal.

En segundo término, el acompañamiento en tiempo real de la Contraloría General de la República, que se realiza una vez se está ejecutando los recursos, bajo un esquema de efectiva intermediación, permitirá un uso más razonable y eficaz de los recursos públicos, un manejo más responsable de los presupuestos de las entidades públicas.

En tercer lugar, no obstante la idea del Estado Social de Derecho, el cambio supuesto y previsto de paradigmas en el Estado colombiano no se ha presentado en la práctica, y el problema de la corrupción continúa siendo alarmante; un trabajo serio y mancomunado de los organismos de control es la vía hacia su eliminación. En la medida en que exista una claridad en los objetivos, una determinación en los medios y un seguimiento de las tareas, los organismos de control reducirán significativamente los efectos nocivos de la delincuencia. La corrupción aprovecha los vacíos

de regulación, la ausencia de normas y los espacios libres de las autoridades. Por esta razón, en la medida en que se cierran esas compuertas, que los asociados vean que se incrementa la presencia de las autoridades públicas y que éstas obtienen resultados en esa lucha, los bandidos ven menos libertad en su saqueo del erario. El papel de la Contraloría General de la República, como garante y protector de los recursos públicos, es fundamental. Si la ciudadanía observa un efectivo trabajo de control, como lo está demostrando esta administración, no solo colaborará con su trabajo sino también cerrará filas respecto de los denominados espacios para la corrupción. Claro está que este trabajo no puede ser aislado, pues requiere del acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y de la Fiscalía General de la Nación.

En la actualidad estamos frente a una muy buena coyuntura porque las cabezas de los órganos de control están comprometidas con la lucha contra la corrupción. Todos están presentando resultados en esa tarea. Es necesario, con todo, que el trabajo sea continuo, que no haya desmayo, que continúen en el ejercicio de esas labores para seguir alcanzando metas.

Las autoridades de control cuentan con las facultades constitucionales, legales y reglamentarias, con los recursos —que de todas maneras será importante aumentarlos para conseguir mayores y mejores medios de personal, logísticos y tecnológicos—, con el apoyo de los colombianos. Con el denodado empeño mostrado por los jefes de la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, así como con el esforzado trabajo de la rama judicial, la corrupción se irá reduciendo poco a poco. No obstante lo anterior, en mi criterio, las penas para los corruptos deben aumentar sobremanera y los beneficios deberán reducirse sustancialmente. Los delincuentes que atacan

el patrimonio público y el funcionamiento mismo del Estado deberían saber que las consecuencias de sus actos tendrán una fuerte reprimenda legal; entre más años en la cárcel, sin los beneficios que ahora se ofrecen, este factor disuasivo será fundamental en la lucha contra la corrupción. Si se acompaña de efectivas acciones por parte de las autoridades públicas, tendremos grandes resultados.

Este es el reto que afortunadamente ha sido tomado por los organismos de control, particularmente por la Contraloría General de la República, y que está brindando resultados efectivos y visibles en la lucha contra la corrupción. El control en tiempo real, como acompañamiento inmediato a los resultados de las acciones de las entidades públicas, se constituye en un instrumento trascendental para la lucha contra la corrupción. Con semejante tarea diaria y reiterada en ese norte, nuestro país logrará un mayor respeto por los sagrados recursos públicos, que constituyen el aporte de todos y cada uno de nosotros para la convivencia, la solidaridad social y el bienestar de la sociedad colombiana.

REFERENCIAS

Béchillon, D. (1995). *Qu'est-ce qu'une regle de droit?* París: Odile Jacob.

Seguin, P. (2007). Tribunal de Cuentas, los gastos del Estado bajo control. *Label France*, revista internacional de actualidad francesa, N° 68. IV, p. 1. Recuperado el 2 de septiembre de 2011 en: http://www.diplomatie.gouv.fr/es/article_imprim.php?id_article=4545.

Herrera, H. et. al. Informe Ponencia sobre Estructura del Estado. *Gaceta Constitucional* No 59, p. 10.

Palacio Hincapié, J. A. (2010). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Ed. Sánchez Sánchez.

Morelli Rico, S. Palabras. Recuperado el 2 de septiembre de 2011 en: http://www.contraloria-gen.gov.co/c/document_library/get_file?&folderId=29241188&name=DLFE-31350.pdf.

Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 267. Bogotá: Editorial Temis.

Ley 42 de 1993. Enero 26 de 1993 "Sobre la organización del sistema del control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen".

Corte Constitucional. Sentencia C-716 de 2002 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), expediente No. D-3981.

Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1993 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), expediente N° D-281.

Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), expediente No. D-2003.



Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 2009 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), expediente No. D-7587.

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1999 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), expediente No. D-2151.

Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2001 (MP: Alejandro Martínez Caballero), expediente No. OP. 040.

Corte Constitucional. Subrayadas en original de la Sentencia C-189 de 1998 (MP: Alejandro Martínez Caballero), expediente No. D-1859.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto 6 de junio de 2000, expediente C-604.



• CAPÍTULO IX •

AJUSTES A LA CONSTITUCIÓN

■ ■ ■ ■ ■ Sustitución de la Constitución

■ ■ ■ ■ ■ Reformismo y banalización
de la Constitución: la historia colombiana

■ ■ ■ ■ ■ El debate sobre la reelección presidencial

Juan Carlos Lancheros Gámez

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá. Director de la Fundación Derecho Justo y consultor en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Fue Director de Asuntos Políticos y Electorales del Ministerio del Interior y de Justicia. Ha sido asesor jurídico de la Superintendencia de Sociedades, la Contraloría de Bogotá y la Fiduciaria La Previsora.

Doctorando en Metodología, Fuentes e instituciones Jurídicas de la Universidad de Alicante, se especializó en Argumentación Jurídica en dicha universidad y en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid. Es Máster en Derecho de los Negocios de la Universidad Francisco de Vitoria y del Colegio de Abogados de Madrid y cursó la especialización en Derecho Financiero en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Titular de la Cátedra Derecho Constitucional Colombiano en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y de Valores Democráticos en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en la que además ha sido profesor en la especialización en Derecho Constitucional, así como de otros cursos en Derecho Público y Privado.

Coordinador y coautor de la obra colectiva Manuales Legislativos. Síntesis Jurisprudenciales, además de distintas investigaciones y artículos publicados en revistas científicas.



Sustitución de la Constitución

“Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano

Por: Juan Carlos Lancheros Gámez

INTRODUCCIÓN

Desde su expedición el 4 de julio de 1991 hasta octubre de 2011, la Constitución Política ha sido reformada un total de 35 veces. Aunque no todas las reformas han dado lugar a pronunciamientos expresos de la Corte Constitucional, en los últimos diez años, cuando ha debido hacerlo, el Alto Tribunal se ha preguntado si la facultad con que cuenta el Congreso de la República para introducir reformas tiene límites. La respuesta ha sido afirmativa.

En algunos casos y según el tipo de reforma analizado, la Corte ha establecido que cuando el Congreso de la República aprueba una reforma constitucional o un proyecto de reforma a la Constitución, que la sustituya o pretenda sustituirla, se debe declarar su inexecutable porque la facultad del Congreso de la República es para reformarla y no para cambiarla total o parcialmente por otra.

La Corte Constitucional ha entendido que la sustitución de la Constitución es un vicio formal consistente en la extralimitación del Congreso en el ejercicio de la competencia de reforma otorgada por la Constitución. Este punto resulta rele-

vante en tanto la Corte Constitucional solamente puede evaluar la constitucionalidad de los actos legislativos o de las leyes que convocan a referendo constitucional o asamblea constituyente por vicios de procedimiento en su formación¹.

En tanto que el texto original de la Constitución de 1991 no establece cláusulas inmodificables, que no prescribe expresamente límites al Congreso de la República para que ejerza la facultad constitucional de reformar la Constitución y que no se refiere al requisito de sustitución de la Constitución, resulta útil hacer una reconstrucción de los principales conceptos para dar cuenta

1 Constitución Política. Artículo 379. “Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

“La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2º”.

Constitución Política. Artículo 241. “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: ()

“2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”

del estado actual de los problemas que supone el ejercicio de esta atribución, como paso previo para valorar la bondad de esta práctica.

PRESUPUESTOS TEÓRICOS

La interpretación del concepto de sustitución de la Constitución

Define la Real Academia Española de la Lengua que sustituir es la *acción de poner una cosa en lugar de otra*. Así, un objeto se sustituye cuando se reemplaza por otro distinto. Esto significa que lo que sustituye y lo sustituido son dos cosas comparables entre sí, distinguibles y, por lo tanto, diferentes. Es posible que los dos elementos tengan semejanzas, pero ciertamente son diferenciables.

Si el cambio al que se alude no es total, sino parcial, no hay una sustitución sino una reforma o enmienda del objeto original. De este modo, el objeto original se fusiona con los nuevos elementos. En tanto que la variación puede ser mayor o menor, los ajustes introducidos pueden ofrecer la impresión de dar lugar a un nuevo objeto si el inicial permanece muy residualmente o si la integración de los nuevos elementos con los antiguos transforma sustancialmente al punto de hacerlo parecer algo completamente diferente. Del mismo modo, puede ocurrir que los ajustes sean tan menores que la impresión final sea que el ajuste introducido fue prácticamente insignificante. Entre estos estados, los matices son infinitos. Aplicando lo anterior al caso de las reformas constitucionales, podemos observar que:

- Puede determinarse que una Constitución ha sustituido a otra cuando la primera desaparece para dar paso a la segunda. En la práctica, esta aproximación será verdadera o falsa si el término sustitución se usa en los términos descritos anteriormente y si el cambio puede

corroborarse objetivamente. De este modo, puede afirmarse que la Constitución Política de 1886 fue sustituida por la de 1991, a pesar de que varios de sus artículos hayan sido incorporados a la nueva. De hecho, la Constitución de 1991 deroga y reemplaza expresamente la Constitución que estaba vigente hasta ese entonces.

- Cuando el cambio es parcial, la apreciación acerca de una posible sustitución no será verdadera o falsa teniendo en cuenta parámetros objetivos. Esta calificación estará en función de la valoración de los cambios introducidos a la Constitución. En tanto que los ajustes sean sustanciales cuantitativa o cualitativamente, al punto de alterar de manera importante su estructura, podría hablarse de una nueva Constitución y por lo tanto de una sustitución. Sin embargo, se resalta, esta calificación es estipulativa porque el significado o definición del término no refleja con claridad su significado, sino que es una propuesta de sentido que debe ser acogida por quienes van a adoptar la decisión relativa a la eventual sustitución. En otras palabras, si se utiliza el término de sustitución para describir una realidad diferente a la que su significado supone (por ejemplo, reforma o modificación) se está estableciendo un nuevo sentido y por lo tanto se está estipulando una nueva forma de entender este término.
- La calificación acerca de la sustitución parcial de la Constitución no es susceptible de verdad o falsedad ya que, en sentido estricto, no describe una realidad sino que es una estipulación que adopta un significado propuesto por el operador que lo utiliza. De este modo, que una reforma constitucional sustituya o no la carta política dependerá de la valoración acerca de los alcances del cambio constitucional sujeto a análisis, del sentido que se



le dé al término y de que la comunidad lo entienda de la misma manera.

Con base en lo anterior, puede ya adelantarse que la decisión acerca de si una reforma constitucional sustituye o no la Constitución puede variar dependiendo del contenido de la reforma analizada y de las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodeen el juicio de sustitución a partir del alcance que la Corte dé al término de sustitución en cada caso concreto.

La reforma de la Constitución: lo que dicen el texto de la Constitución y la ley

El procedimiento de reforma constitucional regulado en el Título XIII de la Constitución Política vigente, artículos 374 a 379, establece que toda reforma o proyecto de reforma al texto constitucional debe aprobarse por el Congreso de la República.

Teniendo en cuenta el procedimiento establecido en la Constitución, podría afirmarse que la colombiana es una constitución rígida, pues establece un procedimiento agravado de reforma que puede adquirir cualquiera de las tres siguientes formas:

- Reforma a través de un acto legislativo aprobado por el Congreso de la República
- Reforma a través de la aprobación de un referendo constitucional
- Reforma a través de una asamblea constituyente

La reforma por acto legislativo

Para que el Congreso de la República apruebe un acto legislativo que modifique la Constitución Política debe seguir los siguientes pasos especia-

les², siempre que no esté en funciones una asamblea constituyente pues en este evento la facultad de reforma queda en suspenso³:

Presentación⁴. El proyecto de acto legislativo puede ser presentado por:

- Diez o más congresistas.
- El 30% de concejales o diputados⁵.
- Los ciudadanos en un número equivalente al 5% de los integrantes del censo electoral⁶.

2 Se omiten en la siguiente relación los requisitos ordinarios que debe surtir el proyecto como cualquier otra iniciativa legislativa, entre estos se encuentran: publicación del proyecto en la *Gaceta del Congreso*, presentación y publicación del informe de ponencia, anuncio previo de la votación del proyecto, la conciliación del proyecto, el plazo que debe cumplirse entre debates, etcétera.

3 Artículo 376-2.

4 Artículo 375.

5 El artículo 155 de la Constitución se refiere a 30% y el 375 a 20%. Ante la diferencia de porcentajes previstos en la Constitución, la sentencia C-180 de 1994 se pronuncia expresamente a favor del primero por tratarse de una reforma a la Carta Política, justificando su planteamiento en un mayor grado de rigidez. No obstante, en sentencias posteriores, la Corte se refiere nuevamente al porcentaje del 20% sin pronunciarse respecto de la contradicción constitucional. Entre los otros pronunciamientos puede verse la sentencia C-543 de 1998.

6 En este evento, se requiere de una doble certificación por parte del Registrador Nacional de Estado Civil. Aunque la Constitución Política no exige este requisito de forma expresa, la Ley 134 de 1994 establece que el Registrador certifique que efectivamente se han recolectado un número de firmas, así como el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. La Corte Constitucional en la sentencia C-141 de 2010 integró este último requisito al bloque de constitucionalidad y lo dotó de sentido afirmando que la certificación de estos requisitos implicaba la certificación del origen de los recursos. Aunque a primera vista pudiera parecer correcto, a juicio del autor la Corte permite en la práctica que actos administrativos, como las resoluciones del Consejo Nacional Electoral, hagan parte del bloque de constitucionalidad y sirvan de parámetro de control del cumplimiento de

Trámite en la Comisión⁷. Por disposición legal, los proyectos de acto legislativo deben surtir su trámite ante la Comisión Primera Constitucional permanente de cada una de las Cámaras.

Aprobación⁸. El proyecto de acto legislativo debe aprobarse en dos ocasiones por cada cámara, cada uno de ellos en un período legislativo diferente, pero consecutivo y ordinario⁹. De este modo, es improcedente su debate y aprobación en sesiones extraordinarias.

Mayorías¹⁰. El proyecto debe ser aprobado en los primeros cuatro debates por mayoría simple de los integrantes de cada Cámara. En los cuatro debates restantes el proyecto debe aprobarse por la mayoría absoluta.

Publicación¹¹. El proyecto aprobado en los primeros cuatro debates (primera vuelta) debe ser

requisitos de procedimiento. Dado que el artículo 24 de la Ley 134 de 1994 establece que el Registrador debe otorgar la primera certificación sobre el número de firmas y el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en un plazo no superior a un mes, en la práctica es imposible cumplir este plazo si se entiende que el cumplimiento de la ley supone, además, la revisión completa de la contabilidad de la campaña de recolección de firmas amparado en el artículo 96 de la misma normativa. Como si lo anterior no fuera poco, el Registrador del momento manifestó que podía impedir la realización del referendo si él no otorgaba una tercera certificación una vez fuera aprobada la ley y previa a la celebración del proceso, con base en el artículo 27 de la mencionada ley. Como se observa, independientemente de la justificación, resulta llamativo cómo se priva de eficacia a ciertas normas, las referentes a los plazos, para privilegiar otras, las que aluden a las certificaciones, para entorpecer el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana.

7 Ley 3 de 1992, artículo 2.

8 Artículo 375 de la Constitución.

9 Los proyectos de acto legislativo no pueden tramitarse en sesiones extraordinarias.

10 Artículo 375 Constitución Política.

11 Norma que sirve de sustento al *Diario Oficial*.

publicado por el Gobierno Nacional en el Diario Oficial.

Consecutividad e identidad¹². La facultad de introducir temas nuevos relacionados con el objeto del proyecto está circunscrita a los cuatro primeros debates. Así, en los debates que deben surtirse en el segundo período legislativo no pueden presentarse nuevas iniciativas¹³, salvo que estén relacionados con elementos contenidos en los textos discutidos y votados durante la primera vuelta. Esto no obsta para que se puedan introducir modificaciones o supresiones al texto¹⁴, siempre que no alteren la esencia de lo aprobado en la primera vuelta¹⁵.

Unidad de materia¹⁶. El concepto de unidad de materia en el trámite de proyectos de acto legislativo es menos rígido que en el trámite legislativo. En este sentido, la expectativa constitucional es la existencia de un propósito que hile el proyecto de modificación, adición o supresión de títulos, capítulos o artículos de la Constitución¹⁷.

Título¹⁸. Debe describir su contenido, y su texto debe contener la siguiente fórmula sacramental:

12 Artículo 375 Constitución Política.

13 Sobre los principios de consecutividad e identidad puede verse en Lancheros, Mantilla, Rincón y Suárez, 2011.

14 Artículo 160 Constitución Política.

15 Señala el artículo 226, en relación con las materias que pueden debatirse que en la segunda “vuelta” sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera. Las negadas en este período no podrán ser consideradas nuevamente. El cambio o modificación del contenido de las disposiciones, en la segunda “vuelta”, siempre que no altere la esencia de lo aprobado inicialmente sobre la institución política que se reforma, podrá ser considerada y debatida.

16 Artículo 158 Constitución Política.

17 Sentencias C-222 de 1997 y C-487 de 2002.

18 Artículo 169 Constitución Política.



El Congreso de Colombia, DECRETA:

Ausencia de sanción presidencial. La Constitución no prevé que los actos legislativos aprobados por el Congreso de la República sean sancionados por el Presidente de la República. De este modo, una vez aprobados por el Congreso adquieren el estatus de norma jurídica, sin perjuicio de la publicidad que debe darse con su publicación en el Diario Oficial.

La reforma por asamblea constituyente

Para que una asamblea constituyente pueda aprobar una reforma constitucional se requiere el cumplimiento de varios pasos.

- Aprobación de una ley que ordene al pueblo a que decida si convoca a una asamblea constituyente¹⁹.
- El trámite de esta ley convocante debe cumplir los requisitos de cualquier ordinaria, sin perder de vista los siguientes requisitos especiales:
 - Trámite en la Comisión. Por disposición legal, los proyectos de ley que convocan a una asamblea constituyente deben tramitarse ante la Comisión Primera Constitucional permanente de cada una de las Cámaras²⁰.
 - Mayorías. El proyecto de ley debe ser aprobado por la mayoría absoluta de los integrantes de cada Cámara²¹.
 - Contenido. El proyecto de ley debe incorporar definir tres aspectos (i) la composición de la asamblea o número de integrantes

y sus calidades, (ii) el período en que sesionará, fecha de inicio y fecha de cierre de sesiones y (iii) las materias de las que se ocupará la Asamblea²².

- La determinación de los límites temáticos dentro de los cuales la asamblea constituyente debe ejercer sus funciones pone de manifiesto que no se trata de un ejercicio de poder constituyente primario sino secundario. Por más que se acuñe el nombre de asamblea constituyente, lo que se observa es que este órgano solamente goza de autonomía dentro del margen de acción que le permita el Congreso de la República. La legitimación popular que surge en la aprobación de su convocatoria es una simple ratificación popular respecto de la necesidad de reformar aquellas materias previamente definidas por la ley.
- Revisión previa al pronunciamiento popular por la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de la convocatoria únicamente por vicios de procedimiento en su formación²³.
- La revisión constitucional sobre los vicios de procedimiento de la ley que convoca una asamblea constituyente es automática. Como más adelante se observará, esta revisión supone un análisis sobre la competencia del Congreso de la República para proponer los temas o asuntos que serán objeto de reforma.
- Aprobación de la convocatoria por los ciudadanos. Se requiere la aprobación de la tercera parte de los integrantes del censo electoral, en un acto electoral que no puede coincidir con ningún otro. La aprobación del pueblo se otorga sobre la ley de convocatoria bajo

19 Artículo 376 Constitución Política.

20 Ley 3 de 1992, artículo 2.

21 Artículo 376 Constitución Política.

22 Este requisito es establecido por la Ley 5 de 1992.

23 Artículo 241-2. Constitución Política.

el modo todo o nada. Así, el pueblo no puede elegir qué aspectos de la convocatoria aprueba y qué otros no.

- Aprobación de la reforma constitucional por la Asamblea. La propia asamblea constituyente deberá seguir el reglamento que ella establezca para su funcionamiento. Aunque la Constitución no lo menciona expresamente, nada impide que la Corte verifique el cumplimiento de los requisitos formales de aprobación de los textos que adopte la Asamblea. Como se puede observar, el tema de la competencia, que será analizado más adelante, resulta uno de los asuntos clave en la medida en que las facultades de la Asamblea se circunscriben a aquellos que haya previsto la ley que la convocó.

La reforma por referendo constitucional

La Constitución prevé que el Gobierno o el pueblo mediante iniciativa ciudadana pueden presentar un proyecto de convocatoria a referendo para aprobar una reforma constitucional. Para ello, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Aprobación de una ley que convoca al pueblo a un referendo que apruebe un proyecto de reforma constitucional incorporado a la ley convocante por el propio Congreso²⁴. El trámite de esta ley convocante, además de cumplir con todos los trámites ordinarios como cualquier otra ley, debe surtir los siguientes requisitos especiales:
 - Trámite en la Comisión. Por disposición legal, los proyectos de ley que convocan al pueblo para la aprobación de una reforma constitucional por vía de referendo deben

tramitarse ante la Comisión Primera Constitucional permanente de cada una de las Cámaras²⁵.

- Mayorías. El proyecto de ley debe ser aprobado por la mayoría absoluta de los integrantes de cada Cámara²⁶.
- Redacción. Los artículos o temas que sean incorporados al referendo deben ser presentados de tal manera que los electores puedan elegir lo que votan afirmativa o negativamente²⁷.
- Unidad de materia. Aparte de la convocatoria a referendo el proyecto no puede ocuparse de otros asuntos. No obstante, en lo que tiene que ver con el contenido del texto del referendo, su contenido puede ser multitemático en tanto la Constitución también lo es²⁸.
- Revisión previa al pronunciamiento popular por la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de la convocatoria únicamente por vicios de procedimiento en su formación²⁹.

25 Ley 3 de 1992, artículo 2.

26 Artículo 378 Constitución Política.

27 En el caso del referendo C-551 de 2003 la Corte estableció que el Congreso no podía establecer la opción de la votación integral del articulado, sino que debería obligatoriamente votarse por separado cada modificación. Del mismo modo declaró inconstitucional el voto en blanco para este tipo de votaciones.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2004.

29 Artículo 241-2 Constitución Política.

24 Artículo 378 Constitución Política.



constitucional se hace sobre una ley, los ciudadanos pueden demandar su conformidad constitucional por vicios de procedimiento en su formación³⁰ (como más adelante se observará, para la Corte Constitucional esta revisión supone un análisis sobre la competencia del Congreso de la República para incorporar los temas o asuntos que serán objeto de reforma).

- Aprobación del referendo por los ciudadanos. Se requiere la aprobación de la mitad más uno de los sufragantes, siempre y cuando estos superen la cuarta parte de los ciudadanos que conforman el censo electoral, en un acto electoral que no puede coincidir con ningún otro.
- Adicionalmente, la Corte Constitucional ha insistido en que debe presentarse de tal manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué negativamente. De este modo, no se permite el voto en blanco y tampoco se permite la opción de votar la totalidad del articulado en uno u otro sentido³¹.

El control constitucional de los actos legislativos y de los demás actos para modificar la Constitución: lo que dice el texto

De acuerdo con lo establecido en el artículo 241, la Corte debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos en contra de los actos legislativos que reformen la Constitución sólo por vicios de procedimiento en su formación y sin importar el origen de la iniciativa. Así mismo, la Corte debe resolver oficiosamente y antes del pronunciamiento popular si son constitucionales por vicios de trámite las

leyes que convocan a un referendo o una asamblea para modificar la Constitución.

El parámetro de control judicial, de acuerdo con el texto de la Constitución lo constituyen las normas que regulan el procedimiento constituyente y, subsidiariamente, aquellas que lo complementen cuando no haya una norma que regule expresamente la materia.

En relación con este último punto, y más allá de la ficción que supone la figura del bloque de constitucionalidad consistente en otorgarle jerarquía constitucional de facto a disposiciones jurídicas que no la tienen y de permitir que autoridades administrativas pertenecientes al órgano electoral funjan de constituyentes sin serlo, lo cierto es que hay un parámetro de control. Es decir, existe un marco jurídico de referencia al cual remitirse y frente al cual valorar los hechos del trámite. De este modo, si estos se pueden subsumir en los supuestos fácticos establecidos por el constituyente, el legislador o los órganos electorales, la respuesta será la conformidad del trámite de reforma y por lo tanto ella será constitucional. De lo contrario, no.

El problema de la competencia

A partir de la sentencia C-551 de 2003 la Corte Constitucional reconoció dentro de sus atribuciones la función de verificar el cumplimiento de los requisitos de trámite, además de examinar si el órgano reformador actuaba dentro del marco de su competencia. Lo hizo en los siguientes términos:

«Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia

30 Artículo 241-2 Constitución Política.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2004.

para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia»³².

Para justificar su posición la Corte afirmó que «reducir el alcance de los vicios de procedimiento a cuestiones de mero trámite sería contrario al artículo 379 de la Constitución que ordena a la Corte verificar el cumplimiento de “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución»³³. Y que la competencia de la Corte Constitucional no puede limitarse al conocimiento de vicios formales, sino que también debe extenderse a posibles vicios de competencia en el ejercicio del poder de reforma³⁴.

Si se observa con claridad podrá verse cómo el fundamento de la decisión de la Corte no está constitucionalmente previsto de manera explícita. Afirmar que el Título XIII de la Constitución es el marco dentro del cual este Tribunal debe evaluar la conformidad de un procedimiento de reforma no es decir mucho. En últimas, como se verá, es una decisión política, en el sentido estricto del término³⁵, que no encuentra sustento expreso en ninguna norma constitucional. Es una elección

que se sustenta en una norma implícita creada por la propia Corte a partir de su visión de la Constitución y no una deducción proveniente del texto constitucional que le atribuyera tal función. No hay lógica deductiva, sino mera creación.

Así lo reconoce la Corte cuando afirma: “importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostienen que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser este un poder constituido y no el poder constituyente originario³⁶”. Ello quiere decir que los límites materiales no están reconocidos expresamente en el texto —de hecho no existen cláusulas inmodificables—, sino que a partir de cierta idea de lo que se supone es una constitución democrática se infiere la existencia de una limitación material intangible elaborada a partir de lo que la Corte entiende por constituyente primario y constituyente derivado.

En efecto, ¿cuál es la razón normativa que justifica que los límites formales no sean los únicos que debe respetar el constituyente derivado al momento de reformar la Constitución?, ¿cómo se pueden identificar estos límites materiales? La Corte Constitucional sólo responde que en tanto el

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Aguilar, Lancheros, Mantilla, Pulido, 2008. Cfr. Sentencia C-551 de 2003.

35 En el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua pueden leerse las siguientes acepciones (en cursivas las más afines):

1. f. Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados.
2. f. *Actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos.*
3. f. Actividad del ciudadano cuando interviene en los asuntos públicos con su opinión, con su voto, o de cualquier otro modo.
4. f. Cortesía y buen modo de portarse.
5. f. *Arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado.*
6. f. *Orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado.*

36 Cita original de la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003. En derecho comparado, ver las sentencias de la Corte Suprema de India sobre el tema, como las siguientes: caso *Kesavanand Bharati v. Keral A.I.R.* 1973 S.C. 1461, *Indira Gandhi v. Raj Narain.*, A.I.R. 1975 S.C. 2299. A nivel doctrinal, ver: Lowenstein, K (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, p. 192 y ss.; Ross, A. (1993). Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional. En *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontanamara, p. 49 y ss.; Schmitt, C. (1934). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Punto 3, p. 27 y ss., y punto 11, p. 119 y ss.; Burdeau, G. (1969). *Traité de Science Politique*. París: LGDJ, Tomo IV, p. 250 y ss.; De Vega, P. (1999). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, p. 267 y ss.; Bidart Campos, G. (1969). *Historia e ideología de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, p. 148 y ss.



Congreso de la República es “un poder constituido y no el poder constituyente originario” estos límites se presuponen y, por lo tanto, deben existir.

Poder constituyente primario y constituyente derivado

La dualidad poder constituyente–poder constituido hace referencia a la caracterización de dos momentos teóricamente identificables y diferenciables. Así, el poder constituyente es el que puede crear el todo de la nada y el sujeto de este poder es el pueblo. La Corte Constitucional se ha referido al poder constituyente en los siguientes términos³⁷:

«El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad. Casi siempre su manifestación va acompañada de una ruptura del orden jurídico anterior.

«El poder del pueblo es anterior al derecho, fuente del derecho, esencia del derecho e, igualmente, modificadorio de todo el derecho, inclusive el derecho constitucional.»

En este sentido, el poder constituyente, como anota Schmitt, “es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como tales son cualitativamente distintas de las normaciones (sic) legal-constitucionales establecidas sobre su base”³⁸.

El poder constituyente se manifiesta con claridad en una revolución y se tiene como una de las máximas manifestaciones del poder soberano del pueblo, que decide romper con el pasado y crear un nuevo régimen. Este poder se denomina originario porque de él emanan los demás poderes que, a partir de su manifestación, serán poderes constituidos o derivados.

La Corte ha entendido que el constituyente derivado no puede equipararse al originario y que, por lo tanto, no puede adjudicarse las mismas atribuciones de éste. De tal modo, el poder constituyente secundario al ser creado no puede “sustituir” al constituyente primario y, en consecuencia, no podría tener sus mismas atribuciones.

De hecho, si una de las principales manifestaciones del poder constituyente originario es, justamente, la de dictarse una constitución a la cual habrá de someterse el ejercicio del poder del Estado que se crea, no resulta claro que el constituyente derivado pueda cambiar las reglas de juego y darse otra constitución sin remplazar o hacer las veces de constituyente primario.

Siguiendo este hilo argumentativo puede parecer inspirador que una constitución que se define como democrática no permita que un poder constituido la reforme totalmente o, en otras palabras, sustituya la constitución existente. El problema es que esto no es tan simple como parece a primera vista.

La ficción del poder constituyente primario

Por donde se le quiera mirar, el concepto del poder constituyente primario refleja una voluntad ideal, la del pueblo, que quiere darse una nueva organización política echando para abajo la exis-

37 Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1992.

38 15 Nota al pie original de la Corte Constitucional

en la sentencia recién citada. Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Ed. Nacional. México 1.970, págs. 86 y 87.

tente. En la medida que esta voluntad popular es un acto fundacional que da vida y sustento al Estado que lo cobija, es ingenuo pensar que el pueblo que lo conforma —todo un pueblo—, pueda reunirse y manifestarse alrededor de una misma idea de Constitución. Lo que usualmente sucede, y para ello basta mirar la historia del origen de las constituciones del planeta, es que son ciertas personas o grupos de interés, dotados del reconocimiento y respaldo de un número significativo de personas y con mucha frecuencia del poder militar o del poder político, los que *de facto* toman la decisión de adoptar una nueva Constitución y la instrumentalizan a través de una cualquiera de las distintas formas que hay para hacerlo³⁹. En esto, como en muchos otros temas, lo cierto es que se requiere de un punto de quiebre o de partida que permita dar sentido, entender y legitimar en la medida de lo posible el origen de las futuras instituciones⁴⁰.

Se plantea este punto aquí justamente porque se le ha querido atribuir al poder constituyente primario un conjunto de características que no le son intrínsecas, para contraponerlo al poder constituyente derivado con el fin de deducir o identificar competencias dispares. Así que el constituyente primario no tiene límites parece admisible en la medida en que, cuando actúa, es un hecho cumplido. Las recientes manifestaciones en el norte de África tanto las que han terminado por derrocar los viejos regímenes como los que no, son una muestra de ello. Mientras que en Egipto o

Libia el pueblo logró tumbar el régimen dando inicio a un nuevo orden constitucional o a una transición para ello, en otros países como Marruecos no lo logró porque el poder reinante logró capotear y someter los movimientos populares reformistas, ofreciendo a cambio algunos ajustes institucionales, sin solución de continuidad. En este sentido, parece acertado afirmar que un nuevo poder constituyente primario se impuso en Egipto y Libia, mientras que en Marruecos no logró desarrollar la autonomía suficiente para imponerse al régimen existente que ante la amenaza actuó, ese sí, como un poder constituyente al fijar las reglas de juego para sostenerse en el poder.

A nuestro juicio, entonces, lo que resulta relevante para los propósitos de esta exposición no es si el poder es constituido o constituyente o si es originario o derivado, o si son competencias autoatribuidas u otorgadas, sino quién y cómo se ejerce el poder efectivo que fija las condiciones de ejercicio del poder. En palabras más simples, que el poder constituyente “derivado” pueda o no sustituir la Constitución no depende de si tiene o no la competencia para hacerlo, sino de si cuenta con el respaldo político para hacerlo.

De este modo, así como la aprobación de una reforma constitucional es un acto político, la evaluación de su contenido también lo es, aunque ésta se haga a la luz de su conformidad con unos principios y valores que se proponen como parámetro de comparación y que emanan de la constitución que se ha de reformar. El meollo del asunto, como se ve, no es la competencia. El que una reforma constitucional sea inconstitucional por vicios materiales y no formales, no depende de la Constitución en sí misma considerada, sino de quien la aplica y de su poder efectivo para garantizar su aplicación. De este modo, el control constitucional de las reformas constitucionales resulta ser en últimas un residuo o remanente del poder constituyente autoatribuido por el que se dice ser

39 La Constitución colombiana de 1991 es un claro ejemplo de ello. Se procede a convocar a una asamblea nacional constituyente a partir de un hecho político manifestado a través de la séptima papeleta. Fue el reconocimiento de este acto fundacional y su respaldo por las diferentes instancias del poder político y público el que favoreció la aprobación de una nueva Constitución a pesar de que la normativa vigente no lo permitía expresamente.

40 Lo mismo sucede con el concepto de norma fundamental o norma fundante básica de Kelsen o la de regla de reconocimiento de Hart.



guardián de la constitución. Si no fuera así, si existiera otro poder superior, el juez constitucional no podría actuar con libertad porque estaría sometido en sus decisiones a él.

Otra vuelta de tuerca: el problema de la sustitución de la Constitución y la irrelevancia del texto constitucional

De acuerdo con la Corte Constitucional, todo poder que no sea originario es constituido y, por lo tanto, limitado. Un poder constituyente derivado puede reformar la Constitución pero sus facultades no son absolutas. ¿Cómo pueden determinarse estos límites? Ante la inexistencia de límites expresos hay que estarse a los tácitos. ¿Quién los fija? ¿Hasta dónde llega la facultad modificatoria de la Constitución? Sólo el guardián de la Constitución lo sabe.

El giro retórico en que consiste la atribución de analizar la competencia para reformar o sustituir la Constitución evade el tenor literal de ésta que solamente le permite analizar los actos legislativos y las leyes convocantes de referendo y asamblea constituyente por vicios de procedimiento en su formación, dejando por fuera todo tipo de análisis material. En efecto, ¿cómo evaluar el exceso en el ejercicio de la competencia del poder constituyente derivado sin analizar a la luz de la Constitución vigente el contenido de las reformas constitucionales propuestas al pueblo o aprobadas por acto legislativo?

Un problema importante en adición a los ya expuestos surge en la sentencia C-1200 de 2003. En ella, la Corte Constitucional confirmó su posición acerca de los límites materiales al poder de reforma del poder constituyente derivado. Según la misma, en tanto que todo acto legislativo debe ser aprobado por el Congreso de la República (poder constituido) al igual que todo intento de convocar al pueblo para reformar la Constitución a través de

referendo o asamblea constituyente constitucional, el máximo juez constitucional tiene la atribución de evaluar si se trata de una simple reforma o de un intento de sustitución. Si se tratara de esto último, la reforma o su intento, según fuera el caso, debería abortarse al ser inconstitucional por motivos de competencia, ya que solamente, según palabras del propio Tribunal, el constituyente primario es el único que puede hacerlo.

Sin embargo, en este pronunciamiento dio un paso más. En efecto, al tratarse de reformas o propuestas de reforma parcial, la Corte admitió la postura de la sustitución parcial de la Constitución. De acuerdo con esta tesis, si se propone una reforma constitucional que consagra postulados abiertamente incompatibles con los existentes en la Constitución vigente, surge un intento de sustitución que no es total ya que no reemplaza la integridad del texto vigente, sino que es parcial en tanto que introduce nuevos artículos o modifica algunos de los existentes y ellos resultan incompatibles con la Constitución vigente.

En tanto toda reforma constitucional modifica la constitución, es una obviedad que antes de su adopción ella es formalmente contraria a la constitución. No obstante, si la idea de una sustitución total de la Constitución permitía algún tipo de confirmación externa al verificar el cambio de un texto por otro de manera integral, a través de la figura de la sustitución parcial, es imposible que la Corte se pronuncie sin analizar el contenido de las reformas aprobadas o propuestas y que lo haga sin tener un marco de referencia o parámetro normativo.

En lo que tiene que ver con la primera cuestión, es claro que para evaluar si el Congreso de la República como constituyente derivado ha excedido sus facultades de reforma y se ha adjudicado atribuciones propias del constituyente primario debe analizarse el articulado para conocer cuáles son sus alcances. En este sentido, es necesario

establecer si las disposiciones aprobadas o propuestas, según sea el caso, solamente pueden ser proferidas por el poder constituyente originario. Esto supone la existencia de todo un catálogo de valores, principios o reglas, que solamente pueden ser instituidos por el pueblo cuando actúa en tal condición, siendo su verificación más o menos simple en tanto exista tal reconocimiento expreso en el texto constitucional y muy compleja si es inexistente dado el alto riesgo de arbitrariedad o manipulación. En este sentido, si tal catálogo no existe, quien debe identificarlo o elaborarlo es, sin más, la Corte Constitucional, con lo cual es ella quien en la práctica asume atribuciones asimilables a las del poder constituyente primario, pues solamente hasta que ella se pronuncia se hacen explícitas estas manifestaciones del constituyente. El punto, como se ve, es problemático desde muchas perspectivas, pues la previsibilidad y la seguridad jurídica que debe ofrecer la norma superior quedan ostensiblemente reducidas, y la objeción democrática, así como la ausencia de contrapesos al poder de la Corte, toman fuerza hasta afectar la legitimidad de las determinaciones de la Corte y poniendo en tela de juicio su propia existencia.

El segundo punto redundante en la anterior cuestión. Así, mientras la identificación de un catálogo de normas que sólo puede dictar el constituyente primario sería suficiente para determinar el exceso en el ejercicio de las facultades del constituyente derivado, el problema se hace más complejo al advertir que, como ocurre en el caso colombiano, la Constitución no distingue la existencia de este tipo de cláusulas intangibles.

¿En dónde se encuentran estas 'súper normas' que sólo el poder constituyente originario puede dictar? En tanto que estas normas, según lo ha dicho la Corte Constitucional, no son reducibles a una disposición constitucional, la relativización de la Constitución como texto es palpable. Ahora

resulta que la Constitución no se reduce a su texto y que existen normas supraconstitucionales que emergen de sus valores, principios y normas que solamente el guardián de la Constitución puede identificar. En efecto, ¿cuál es esa norma superior que sirve de referencia para comparar si las nuevas normas constitucionales o aquellas que pretenden modificarla son constitucionales? Si la respuesta es que sólo la Corte Constitucional puede dar esa claridad, entonces este Alto Tribunal es en sí mismo un residuo del poder constituyente primario.

De este modo, si se impone reconocer la existencia de normas constitucionales que gozan de una jerarquía especial, de normas supraconstitucionales al interior de la Constitución, de súper normas que conforman un núcleo duro que, como tal, resulta inmutable por la acción del constituyente derivado y que subyacen más allá del texto constitucional en la medida en que no son reducibles a uno o más artículos, muchas discusiones carecen de sentido. En efecto, ya no importa saber si la Corte tiene o no la atribución para analizar el fondo de las propuestas de reforma constitucional o de los actos legislativos y tampoco interesa si el constituyente derivado tiene la competencia para sustituir la Constitución.

Las súper normas y la sinceridad del discurso constitucional

Lo realmente relevante es si la Corte Constitucional goza del respaldo político e institucional para adoptar este tipo de decisiones. En tanto lo tenga, las razones jurídicas pasan a un segundo plano porque más allá de que sean o no plausibles, el Alto Tribunal ha pasado a convertirse en un actor político más que en un juez que aplica el derecho vigente entendido como norma y configura como tal un hecho constitucional.

Lo que se cuestiona aquí no es la justeza de la decisión sino la sinceridad del discurso, que se den



tantas vueltas para decir y justificar teóricamente una posición cuando la verdad va por otro lado. En este sentido, si no se está aplicando el texto constitucional, lo que ha ocurrido es que, tal y como lo afirma el profesor Pulido, la Constitución como texto ha dejado de importar y resulta irrelevante para efectos de la justificación, pues más allá de su contenido lo que importa es la voluntad política así se le haga decir a la Constitución lo que no dice.

Este hecho es de una gran importancia pues redundante en la claridad de las reglas de juego de Colombia como Estado de Derecho y facilita entender con mayor claridad distintos asuntos. Así, por ejemplo, permite comprender por qué bajo el actual régimen los pronunciamientos del pueblo a través de referendo o una asamblea constituyente no configuran una manifestación del constituyente primario, por sujetarse a reglas previamente establecidas, mientras que en 1991 la convocatoria de una asamblea nacional constituyente sí lo fue. También permite explicar la Constitución de ese año que a pesar de haber sido redactada por un órgano de elección popular fue una manifestación del poder constituyente primario y en la actualidad ni siquiera el pueblo, a instancias de una ley convocatoria aprobada por el Congreso de la República con el cumplimiento de todas las reglas, pueda modificar muchos de sus preceptos.

CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional, mediante el veto de decisiones políticas emanadas del Congreso de la República, ejerce un poder constituyente no sujeto a control ni límites. Es un árbitro investido de un poder no sujeto a control con el poder efectivo para determinar qué puede reformarse de la actual Constitución y qué no. Este poder es en realidad un poder de hecho, no derivado, un poder autoatribuido, no otorgado.

¿Cómo limitar un poder ilimitado? A través de otro poder igual de ilimitado. Para poder vencer al invencible debe crearse un poder de la misma categoría o superior y es allí en donde radica el problema, pues toda reacción en contra del ejercicio del poder constituyente de la Corte terminará por afectarla a sí misma y con ella a todas aquellas buenas cosas que hace en desarrollo de sus funciones. Y esto no es todo, el nuevo poder constituyente será, además, desconocido con todo lo que ello supone, pues no sabrá qué esperarse de él.

¿Qué legitima el ejercicio de un poder ilimitado? Que el ejercicio del poder sea autorrestringido. Eso no se logra a través de ninguna disposición jurídica ni de ninguna orden, porque ellas carecen de la virtud suficiente lograr coartar el poder absoluto. Por ello se requiere que la Corte Constitucional limite el ejercicio de este poder lo máximo que sea posible y lo use sólo en casos muy extremos. Utilizarlo para corregir al Congreso de la República cada vez que ella cree que se equivoca puede resultar, a la larga, perjudicial para el sistema democrático y para el estado de derecho en general. En últimas, la cuestión se reduce a un tema de actitud, de actitud constitucional.

Lina Marcela Escobar Martínez

Es Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Así mismo, tiene una Maestría en Derecho Público (Universidad Externado de Colombia) y otra en Derecho Constitucional y Parlamentario (Universidad Complutense de Madrid). Es abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Ha sido conferencista en diversos eventos nacionales e internacionales y ha publicado más de una veintena de artículos en revistas científicas. Actualmente es la Directora del Programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y es Directora del grupo de investigación “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos” en la misma institución.



Reformismo y banalización de la Constitución: la historia colombiana

“Una Constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia”

Manuel García Pelayo

Por: Lina Marcela Escobar Martínez

INTRODUCCIÓN

El concepto de constitución que cada pueblo tiene de su carta política, determina en gran parte el respeto de la misma por los sujetos legitimados para su reforma. En el mundo, la tendencia a reformar continuamente las constituciones ha estado asociada a la rigidez de las mismas y a las ambiciones de los ejecutivos de turno; así, desde 1789 cuando se aprobó la primera constitución en Estados Unidos hasta la actualidad, se han creado y enmendado de manera significativa 803 constituciones, de las cuales 265 corresponden a América Latina, siendo República Dominicana, Venezuela, Haití y Ecuador, los países que en su orden han tenido más constituciones.

En el caso colombiano, el texto constitucional ha estado enmarcado en un contexto permanente de reformas constitucionales, la Constitución vista como una carta de batalla (Valencia Villa) en donde quien lograba el triunfo político imponía una nueva Constitución o en su defecto una reforma a la existente. La Constitución de 1886, expedida en medio de la Regeneración durante el gobierno del Presidente Rafael Núñez, fue reformada en múltiples oportunidades, y la Carta Po-

lítica vigente otorgada por el pueblo colombiano en 1991 ha tenido 35 reformas hasta el año 2011.

Este escrito, en una primera parte, abordará una serie de precisiones conceptuales con el fin de distinguir entre reforma y mutación constitucional, puesto que ambos son mecanismos de transformación de los textos constitucionales (dicha descripción es meramente informativa dada la extensión de este texto); posteriormente, se realizará una síntesis de la línea jurisprudencial al respecto, que la Corte Constitucional colombiana ha construido a lo largo de los veinte años de vigencia de la Constitución colombiana de 1991; y finalmente, se analizarán las múltiples reformas realizadas a la misma durante el período enunciado.

PRECISIONES CONCEPTUALES

De la reforma constitucional

La reforma de la constitución ha sido concebida y justificada como un medio idóneo para subsanar los errores, políticos o técnicos, en que hubiera podido incurrir el legislador constituyente, cuyo mantenimiento podría, incluso, deparar la

disolución del propio cuerpo político. Desde esta perspectiva va a decirse que la operación de revisión constitucional, sujeta, eso sí, a los trámites y requisitos previstos por la propia Norma Fundamental, y limitada por los principios y valores inalterables del orden social recogidos en ésta, no debe encontrar ningún tipo de obstáculo temporal para su puesta en marcha (Alamillo, 1992).

Por tal motivo, la reforma de una constitución en términos de Loewenstein (1979) se convierte en el mecanismo idóneo por el cual el texto constitucional que fue el fruto del acuerdo de unas determinadas fuerzas políticas en unas concretas circunstancias históricas, logra una verdadera eficacia cuando se adecúa a la realidad social subyacente, por definición históricamente cambiante o, dicho en otros términos, cuya fuerza normativa depende de la capacidad de la propia constitución para crear y mantener una auténtica realidad constitucional, es decir, que la realidad jurídica (la norma) sea capaz de asumir en todo momento la realidad política y social que pretende regular.

Así entonces, puede decirse que se llega al uso de alguno de los mecanismos de reforma cuando existe la necesidad de adecuar la realidad jurídica a la realidad política, sin que ello implique un quebrantamiento de la continuidad jurídica dados los límites de los poderes constituidos, logrando con ello una articulación jurídica entre el Estado y el resto de los poderes constituidos, como una institución de garantía (De Vega García, 1991). Es pertinente recordar que para llegar a este punto fue necesario superar en el derecho constitucional, el mito del legislador racional cuya supremacía era indiscutible y un control a sus actuaciones era casi impensable; y con mayor razón gozaba de dichas prerrogativas el poder constituyente¹. Es

entonces, a partir de la segunda década del siglo XX con la creación de los tribunales constitucionales y las competencias que se les atribuyen a los mismos en cada uno de los estados en los cuales se incorporan, que es posible cuestionar la constitucionalidad por vicios procedimentales de los actos reformativos de la Constitución², teniendo siempre clara la diferencia de los límites cuando se trata de una actuación del poder constituido y constituyente³.

Esta nueva situación fue debatida comenzando la década de los noventa del siglo XX en la doctrina española⁴, que recoge en gran parte los debates en Alemania y Francia⁵. En ese sentido, gran

na puede hallarse en Preuss, U. (1993, enero). "Constitutional powermaking for the new Polity: Some deliberations on the relations between Constituent power and the Constitution. *Cardozo Law Review*, 14. En la doctrina francesa véase a De Malberg, C. (1998). *Teoría General del Estad.*, México: UNAM y Fondo de Cultura Económica, p. 1163. Sobre el carácter extrajurídico del poder constituyente en Argentina, véase Carrió, G. (2008). *Los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Editorial As-trea.

2 Sobre las potestades de los tribunales constitucionales en materia de control y su relación con los poderes constituidos y constituyentes, ver, entre otros: Acosta Sánchez, J. (1998). *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional* Madrid: Editorial Tecnos; Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta; De Otto, I. (1995). *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.

3 De Vega, P. op.cit. Véase así mismo a Zagrebelsky, G. (2000). La Constitución y sus normas. En M. Carbonell (ed.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 73; Orfield, L. B. (1942). *The amending of the Federal Constitution*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 87.

4 De Vega, P. op. cit. y Aragón, M. (1990). *Constitución y Democracia*. Madrid: Editorial Tecnos; De Cabo, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid: Editorial Trotta.

5 Ver Lowenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 192; Ross, A. (1993). Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional. En *El concepto de validez y otros ensayos* (p. 49). México:

1 Sobre el poder constituyente y la imposibilidad de limitarlo, ver: Sieyès, E. (1973). *¿Qué es el tercer Estado?* México: UNAM. Una buena reconstrucción del poder constituyente como poder *extra ordinem* desde la perspectiva alema-



parte de la doctrina europea sostiene que el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales, por regla general, debe versar sobre vicios en su procedimiento y en su formación. Muy excepcionalmente pueden existir dos tipos de control de constitucionalidad de fondo sobre (i) aquellas reformas que contravienen cláusulas pétreas⁶; (ii) los límites lógico formales propuestos por Ross y Merkl según los cuales no es posible reformar las cláusulas de reforma de la constitución por cuanto sería un exabrupto lógico por ser una oración autorreferencial⁷. En ese sentido, pensar lo contrario (control de fondo ilimitado) sería tanto como decir que los tribunales constitucionales tienen poder constituyente porque pueden limitar desde el punto de vista material las reformas constitucionales. Así mismo, sería una forma de volver aún más rígidas las constituciones⁸.

Editorial Fontamara; Schmitt, C. (1934). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Alianza; Burdeau, G. (1969). *Traité de Science Politique*, Tomo IV. París: Editorial LGDJ. El mismo debate en Argentina es reseñado por Bidart Campos, G. (1969). *Historia e ideología de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

6 Para Kelsen, así como es posible la nulidad de normas contrarias a aquellas disposiciones que regulan la producción jurídica, también es imposible la reforma de preceptos considerados irreformables en una constitución. Kelsen, H. (1959). *Teoría General del Estado*. México, p. 332. Sin embargo, para otros autores la existencia de cláusulas pétreas es una invitación a la revolución, debido a que éstas sólo pueden ser reformadas por el constituyente primario que es *extra ordinem*. En ese sentido se pronuncia, por ejemplo, Vanossi, J. (2002). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 254. En el mismo sentido véase a Duverger, M. (1962). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 228; Biscaretti, P. *Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 289. En una postura más moderada, Lowenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 192, señala algunas de las ventajas y desventajas de las cláusulas pétreas.

7 Ross, A. op. cit. En ese mismo sentido, ver: Stuber, P. (1990). *The paradox of self-amendment: A study of logic, Law, Omnipotence and Change*. Nueva York: Peter Lang.

8 La sistematización de los posibles límites a la refor-

Posteriormente, los tribunales constitucionales mediante sus sentencias manipulativas han ido ampliando sus potestades, llegando incluso a controlar vicios de competencia; es decir, a cuestionar al actor en quien reside la potestad de reforma constitucional, bajo el argumento de que no se respetaron los límites competenciales, generando con ello serios problemas desde el punto de vista orgánico, en la medida en que decisiones de este tipo afectan la integridad de los principios democrático y de separación de poderes.

Esta actividad, realizada de manera permanente por los tribunales, ha llegado incluso a plantear que el poder constituyente primario no puede sobrepasar ciertos límites como los derechos fundamentales, normas de *ius cogens* y los derechos humanos⁹. De lo anterior se desprende una de las principales dificultades en cuanto a la identificación de los límites del poder de reforma constitucional colombiano, ya que bajo la figura del bloque de constitucionalidad, la Corte ha ampliado y restringido el marco normativo según sea el objeto de control, constituyendo, en unos casos, unas restricciones al poder de reforma bastante discutibles en la medida en que ni siquiera la propia Corporación ha concretado en su jurisprudencia el contenido constitucional de los elementos del bloque, generando con ello ambigüedad y vaguedad.

En definitiva, encontramos hoy que cada constitución consagra sus mecanismos de reforma, aspecto que permite clasificar el texto como flexible o rígido, dado el procedimiento agrava-

ma constitucional pueden ser rastreados en Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Editorial Fontamara.

9 Ver Palombella, G. (2000). *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Granada: Editorial Comares. En el mismo sentido: Marín Ortiz, I. (2010). La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 12, enero-junio de 2010.

do o no para llevar a cabo su transformación; en otros casos, los sujetos o la iniciativa se encuentran restringidos. Para el caso colombiano, los artículos 374 a 380 de la Carta Política de 1991, consagran quiénes son los sujetos y procedimientos de reforma, y mediante varias sentencias de constitucionalidad la Corte Constitucional ha ido precisando el sentido y los límites de aplicación de cada uno de esos artículos; adicionalmente, ha creado el test de sustitución como mecanismo para el control constitucional de las reformas que se realicen a la Constitución.

En Colombia, la Constitución puede ser reformada mediante acto legislativo, asamblea constituyente o referéndum. Estas tres modalidades le permiten al pueblo manifestarse como poder constituido y no como poder constituyente, de ahí que se discutan sus facultades y límites en cuanto al poder de reforma se refiere, retomando por una parte, los cuestionamientos clásicos sobre la distinción del poder constituido y el poder constituyente, y por otra, los relativos a la capacidad de los tribunales constitucionales de revisar la constitucionalidad de dichas reformas, en donde se presenta inevitablemente una tensión entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático¹⁰.

Los procedimientos regulados entre los artículos, al ser analizados de manera sistemática y armónica, determinan que el poder de reformar la Constitución depende de la decisión del Congreso de la República.

10 Cfr. De Vega, P. (1991). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos. En el mismo sentido, ver el prólogo de ese mismo autor, en Ramírez Cleves, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia, el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En ese sentido se pronuncia también Negri, A. (1999). *Insurgencies: constituent power and the modern state*. Minneapolis: University of Minnesota Press, al indicar que “*To speak of constituent power...is to speak about democracy*”.

Mutación

La mutación constitucional se convierte en otro mecanismo de transformación de los textos constitucionales. Actualmente es utilizado con mayor frecuencia que la propia reforma constitucional dado su carácter informal, como lo destaca la doctrina alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, cuando crea el término de “mutaciones constitucionales” para describir el cambio de significado o sentido de la constitución sin que se vea alterada su expresión escrita.

Las mutaciones han sido consideradas por parte de la doctrina como actividades ineludibles, dada la necesidad extrínseca e intrínseca de las mismas. La primera consiste en una adaptación por imperativos de la realidad política; la intrínseca, se debe a la necesidad de una explicación, por causa de oscuridad, insuficiencia o ambigüedad, que con el paso del tiempo adquieren los textos constitucionales (Zafra Valverde, 1971).

Por ello es posible hablar de mutación constitucional desde diferentes aproximaciones. Por su parte, Heller, desde la normalidad y la normatividad, concebía la constitución como una organización material del Estado, en donde “las relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado” (Heller, 1981, pág. 268), razón por la cual su adaptación a la realidad debía ser más ágil que la utilización de los procedimientos de reforma, mientras que Smend consideraba la mutación como un elemento del concepto ambivalente de constitución (Smend, 1985) (Smend, 1985). Posteriormente, Hsu Daü-Lin, para definir las mutaciones constitucionales, estudió las distintas relaciones que pueden existir entre las normas constitucionales y la realidad (Daü-Lin, 1998) (Daü-Lin, 1998).



Sin embargo, no podemos olvidar que las mutaciones también pueden tener origen en la amplitud de las cláusulas constitucionales o en la imposibilidad que tiene la constitución para regular todos los eventos posibles (Parejo-Alfonso, 2005) (Parejo Alfonso, 2005)

Los cambios implícitos a la constitución pueden operar por varias vías, a saber:

- a) Mutaciones por prácticas políticas que buscan llenar vacíos de la constitución. La Constitución de Estados Unidos no establecía un límite a la reelección del presidente, hasta la década de 1940, sin embargo, por una práctica política, era aceptado que procedía únicamente una nueva postulación por parte del presidente.
- b) Mutaciones por leyes autorizadas por la misma constitución o por otro tipo de actos jurídicos. El ejemplo colombiano lo ofrece el parágrafo del artículo 98 de la Constitución que establece: “mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”. En consecuencia, una ley podría modificar la interpretación de ese parágrafo, sin alterar el texto.
- c) En el caso colombiano se podría hablar de mutaciones introducidas a la Constitución por vía del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución).
- d) Mutaciones provenientes de interpretaciones de las cláusulas constitucionales por medio de la jurisprudencia (Benítez Rojas, 2011, pág. 310) (Benítez Rojas, 2011, pág. 310)

En Colombia las mutaciones constitucionales se han cristalizado mediante interpretaciones de la Carta Política desarrolladas por la Corte Constitucional. En esas mutaciones, si bien el texto

de la Carta permanece invariable, el contenido y la interpretación de sus disposiciones se alteran, pudiéndose citar varios ejemplos que dan cuenta de la creación de derechos constitucionales —lo cual supone un cambio implícito en la Constitución— por medio de la jurisprudencia: derechos a la verdad, justicia y reparación (sentencia C-370 de 2006), derechos sexuales y reproductivos del hombre y de la mujer (sentencia T-585 de 2010), derecho a la tranquilidad (T-459 de 1998), derecho al olvido (C-1066 de 2002), entre otros.

No obstante lo anterior, para el objeto de estudio de este artículo no es necesario realizar un análisis detallado de esta modalidad de transformación del texto constitucional, ya que al ser un mecanismo informal de modificación escapa al control constitucional y por ende nos lleva a un análisis constitucional dinámico. Para una comprensión del tema y una concreción en el caso colombiano de manera detallada, se recomienda el texto citado del profesor Benítez Rojas.

LAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y concretamente a partir de la década del setenta, la Corte Suprema de Justicia sostenía que el control de constitucionalidad de una reforma constitucional era viable únicamente en los aspectos procedimentales o de trámite en la creación de la reforma¹¹. Esa postura fue consagrada por el artículo 241 de la Constitución de 1991 (numerales 1

11 La historia constitucional sobre la aceptación tardía de la Corte Suprema de Justicia de analizar la constitucionalidad por vicios de forma después de la segunda mitad del siglo XX se puede consultar de forma muy breve en Quinche, M. (2010). *La elusión constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Esa misma evolución jurisprudencial se explica de forma mucho más profunda en Ramírez Cleves, G. (2005). op. cit. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

y 2), advirtiendo que el control de constitucionalidad sobre actos reformativos sólo procede por “vicios de procedimiento en su formación”, parámetro de control que fue respetado por la Corte Constitucional hasta el año 2003¹².

Así entonces encontramos que el proceso de reforma constitucional colombiano consagrado en la Constitución nos llevaría a pensar que se trata de un procedimiento rígido y que por lo tanto la modificación formal de la Constitución debe tener un uso racional, justificado y de última *ratio*. Sin embargo, la realidad nos ha demostrado que a pesar de lo consagrado en el texto constitucional, cada vez aumenta más la tendencia de llevar a la Constitución normas que bien podrían estar en disposiciones de rango estatutario u orgánico, esto en algunos casos impulsado por el Ejecutivo de turno, y en otros, por el propio Legislador, quienes continuamente demuestran con sus conductas el desconocimiento profundo de la teoría constitucional y del concepto y valor de la Constitución.

La Corte Constitucional, por su parte, en algunos casos ha estado apegada a la teoría de la Constitución, haciendo prevalecer el orden supremo de la misma y ejerciendo su papel de control en los precisos términos competenciales. En otros casos, ha sido ella misma, mediante la creación de figuras como el test de sustitución, quien ha matizado sus competencias ampliándolas o restringiéndolas según el objeto de control y el contenido del mismo, con lo cual hoy nos encontramos ante varias líneas jurisprudenciales en torno al tema de la reforma constitucional, las facultades del poder constituyente y las de los poderes constituidos, así como respecto a los límites de forma y materiales, etcétera (Sentencia de C -1200, 2003) (Sentencia C-1200, 2003).

12 Ver, por ejemplo, entre otras, las siguientes sentencias: C-387 de 1997, C-222 de 1997, C-543 de 1998 y C-614 de 2002.

En cuanto a las diferencias entre intangibilidad e insustituibilidad de la Constitución, la Corte ha resaltado los elementos dados por la doctrina extranjera que han sido tenidos en cuenta para la diferenciación en el caso colombiano, que son los siguientes: la definición por el propio constituyente del criterio de intangibilidad, la enunciación constitucional de las normas intangibles y la interpretación expansiva o restrictiva de los textos de los cuales se deduce lo intangible por el juez constitucional. Sostiene la Corte que el mayor alcance de la intangibilidad se presenta cuando la definición de dicho criterio es amplia, incluyendo no sólo principios básicos, sino también derechos específicos y aspectos puntuales de la organización y distribución del poder público.

En sus sentencias la Corte Constitucional aclara que la insustituibilidad es distinta incluso a la manifestación más amplia de intangibilidad, puesto que impide tocar el núcleo de un principio fundamental o, en su sentido más amplio, afectar uno de los principios definitorios de la Constitución; la prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue remplazada por otra, so pretexto de reformarla¹³.

Así entonces, se observa dentro de la multiplicidad de sentencias de la Corte Constitucional respecto de los límites y competencias del poder de reforma, que hasta el año 2003 el control de constitucionalidad sobre actos reformativos de la Constitución procedía únicamente por vicios de procedimiento en su formación, tal y como se deduce del artículo 241 de la Constitución¹⁴.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-551 de julio 9 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett).

14 Una buena reconstrucción jurisprudencial de este cambio puede hallarse en Mario Cajas Sarriá, “La reforma cons-



Posteriormente, la Corte se atribuyó la potestad para conocer de los “vicios de competencia”. Esa decisión generó una gran controversia que se mantiene hoy por parte de académicos y por el Gobierno¹⁵, ya que se consideró que ese análisis de competencia, en últimas, se trataba de una fachada argumentativa por parte de la Corte Constitucional para analizar el fondo del asunto.

En la sentencias C-970 y 971 de 2004 y las posteriores (C-1040 de 2005, C-588 de 2009 y C-141 de 2010), la Corte delineó y aplicó un examen de sustitución en el cual se analiza si el texto de la reforma sustituye o no lo Constitución, esto es, identifica si el Congreso excedió sus competencias y se arrojó atribuciones exclusivas del poder constituyente primario al crear un orden constitucional totalmente nuevo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1040 de 2005 estableció las etapas del juicio de sustitución, y los elementos de verificación de cada una de ellas, indicando que es necesario: (a) apreciar si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; (b) analizar si este reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente; y, luego (c) comparar el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

titucional: límites de la Corte al Congreso”, *Revista Precedente*, 2004.

15 En el año 2003 el gobierno de ese entonces presentó un proyecto de reforma constitucional para limitar el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales a vicios de procedimiento y excluir explícitamente el análisis de fondo y de competencia, que fue archivado finalmente. Se trataba del Proyecto de Acto Legislativo 133 de 2006 (Cámara de Representantes) que expresaba que no había límites materiales al poder de reforma y que la Corte Constitucional no podía ejercer ningún control de fondo, según se lee en la exposición de motivos de ese documento. Recuperado en septiembre de 2011 en: <ftp://ftp.camara.gov.co/proley/Legislatura%202006%20-%202007/>.

Por último, esa Corporación advirtió en la reciente sentencia C-141 de 2010 que el análisis de sustitución debe aplicarse a cualquier mecanismo de reforma de la Constitución (acto legislativo, referendo e incluso asamblea nacional constituyente), en la medida en que en los tres modos de reforma interviene el Congreso a través de una ley. Por esa vía, se cerró la puerta a cualquier posibilidad de sustitución de la Constitución por un camino jurídico.

Ahora bien, pasando a analizar cada una de las reformas introducidas a la Constitución colombiana de 1991, nos encontramos ante una multiplicidad de criterios no sólo con respecto al control de reforma, sino también sobre el propio concepto de constitución, por ello se observan reformas cuyo contenido no alcanza una transcendencia constitucional pero que por la banalización a la que hemos llegado, dichas disposiciones hoy se han convertido en normas que gozan de supremacía y supralegalidad. De ahí que sea bien interesante un análisis de dichas modificaciones, ya no desde la teoría constitucional, sino desde el plano estrictamente político, en donde la Constitución refleja el juego de los factores reales de poder, los elementos políticos que quieren ser sacados de la discusión general política del día a día, para llevarlos un texto constitucional de carácter reforzado.

En este orden de ideas, a continuación se analizarán las reformas teniendo en cuenta dos criterios: el del período histórico y político en el cual se generan y el del contenido de las reformas. De la mezcla de ambos podremos identificar cuáles son los elementos o estructuras de la Constitución de 1991 que en tan sólo veinte años han entrado en actualizaciones para estar acordes con las realidades, o quizás lo que se evidencie es que grandes temas no fueron consensuados en la Constituyente y las reformas fueron discusiones aplazadas en ese momento.

Comenzando con el análisis encontramos que las primeras reformas constitucionales se dan en el año 1993, a tan sólo dos años de aprobada la Carta Política bajo el gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo. Las tres reformas utilizaron el mecanismo de acto legislativo y se expiden durante el segundo semestre del año (17 de agosto, 23 de noviembre y 15 de diciembre). Si tenemos en cuenta que el trámite de dichos actos para su aprobación implica ocho debates y que se deben surtir en una misma legislatura, casi al momento de promulgada la Constitución de 1991, se estaban ya presentando tres proyectos de reforma a la misma. En cuanto al contenido, uno de los actos legislativos erigió a Barranquilla como capital del departamento del Atlántico, Distrito Especial, Industrial y Portuario; otro consagró medidas transitorias que le permitieron al Presidente de la República expedir la Ley del Plan Nacional de Desarrollo; y el tercero estableció las suplencias en las corporaciones públicas que habían sido abolidas en la Constitución de 1991.

Cuestiona bastante el contenido de este último acto legislativo, puesto que uno de los objetivos del movimiento de la séptima papeleta que dio lugar posteriormente a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 era precisamente sanear el Congreso y recuperar su legitimidad, y con la introducción de las suplencias se volvió a abrir la puerta para que la corrupción encontrara sus cauces.

En el período de 1994 a 1998, se dan cinco reformas constitucionales. Las dos primeras en 1995, las cuales fueron propuestas al inicio del gobierno del Presidente Ernesto Samper para reformar los artículos 357 y 221 de la Constitución mediante actos legislativos: uno modifica los criterios para la distribución de los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales y el otro establece que los tribunales militares podrán estar conformados por militares en servicio activo o en retiro.

Con el Acto Legislativo 1 de 1995 comienza a desdibujarse todo el sistema de ordenamiento territorial colombiano previsto por el Constituyente de 1991, en la medida en que con el sistema de transferencias, las posibilidades reales de descentralización y gestión de las entidades territoriales se vieron bastante reducidas. Por su parte, el Acto Legislativo 2 de 1995 fue ampliamente cuestionado atendiendo al principio de imparcialidad del juez.

En enero 15 de 1996 se aprobó el Acto Legislativo 1 que modificó los artículos 299 y 300 de la Constitución, estableciendo que los diputados de las asambleas departamentales tienen el carácter de “servidores públicos”.

El 16 de diciembre de 1997, mediante el Acto Legislativo 1, se modificó el artículo 35 de la Constitución, consagrando nuevamente la extradición de nacionales por delitos cometidos en el exterior, sin carácter retroactivo a partir de esa fecha. Es de recordar que en los años ochenta y primeros de la década del noventa, uno de los enfrentamientos más fuertes del narcotráfico con las instituciones se dio en torno a la eliminación de la figura de la extradición, hecho que en la Constitución de 1991 quedó consagrado. Algunos consideran que fue parte de las concesiones y negociaciones necesarias para disminuir la época cruenta que atravesaba el país, otros lo vieron como un ejercicio de la soberanía del Estado y de confianza en sus instituciones en pro del *ius puniendi*. Lo cierto es que a finales de la década del noventa Colombia vuelve a incorporar la figura de la extradición en su Constitución sin carácter retroactivo, dejando atrás una serie de discusiones incluso sobre la Constituyente y la filiación de algunos de los constituyentes.

Durante el gobierno de Andrés Pastrana, comprendido entre los años 1998 a 2002, se realizaron ocho reformas constitucionales, todas ellas mediante actos legislativos. En 1999 se reformó



el artículo 58 de la Constitución, eliminando la potestad que tenía el Congreso para expropiar bienes sin dar lugar a una indemnización por razones de interés social; en el año 2000 se profieren dos actos legislativos que reformaron los artículos 322 y 52 de la Constitución, cambiando el nombre de Santa Fe de Bogotá por Bogotá Distrito Capital y estableciendo que los gastos en materia de deporte y recreación constituyen gasto público social.

Los dos actos legislativos expedidos en el año 2001 introducen modificaciones constitucionales relativas al crecimiento del sistema general de participaciones cuya destinación eran los gastos generales de las entidades territoriales, continuando con los objetivos propuestos con el Acto Legislativo de 1995 y, en consecuencia, desdibujando aún más el modelo de ordenamiento territorial dispuesto en la Constitución de 1991. Por otra parte, en este año gracias al Acto Legislativo 2 se reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, mediante la modificación del artículo 93 de la Carta Política.

En el último año de gobierno del Presidente Pastrana se realizaron dos reformas constitucionales mediante actos legislativos, que versaron sobre la ampliación a cuatro años del período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles, así como lo relativo al otorgamiento de la nacionalidad a los hijos de colombianos que hubiesen nacido en el exterior y se registraran en una oficina consular.

No obstante todo lo anterior, quizás el período más interesante para el análisis de la teoría de reforma constitucional en Colombia es el que se desarrolla durante el gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, no sólo por el contenido de las reformas, sino porque se utiliza por primera vez el mecanismo del referéndum como procedimiento de reforma, generándose nuevos criterios jurisprudenciales sobre el tema. Como bien es sabido,

el Presidente Uribe ocupó el cargo durante dos períodos, el primero comprendido entre los años 2002 y 2006 y el segundo que terminó en el año 2010. En el primer período se realizaron ocho reformas y siete en el segundo.

En el año 2002, bajo el gobierno Uribe se reforman las funciones de la Fiscalía General de la Nación con el fin de incorporar el sistema penal acusatorio en nuestro ordenamiento, entrando con ello en la corriente reformista latinoamericana en materia penal, en donde la oralidad en los procesos exige una serie de cambios en la concepción del proceso y de los principios que lo rigen; antecedieron a Colombia, países como Chile y Argentina, entre otros.

En el año 2003 se producen dos reformas constitucionales mediante actos legislativos, estableciendo una reforma política en un caso y en el otro, generando unas medidas jurídicas con el fin de enfrentar el terrorismo. La reforma política incorporó en el articulado constitucional un sistema de listas únicas, la metodología para el cálculo del umbral, la posibilidad del voto preferente, el sistema de cifra repartidora y la prohibición de doble militancia, entre otras medidas, todas ellas encaminadas al fortalecimiento de los partidos políticos en búsqueda de la consolidación aún más del principio democrático.

El Acto Legislativo 2 de 2003 fue declarado inconstitucional en la medida en que bajo el argumento de incorporar medidas para la lucha contra el terrorismo, se introdujeron limitaciones a varios derechos fundamentales, aunque la sentencia de inexecutable se basó en los vicios de procedimiento en que incurrió la Cámara de Representantes al momento de la votación.

En el año 2004 se expidieron dos reformas constitucionales: una que estableció la pérdida de derechos políticos a quienes hubieran sido con-

denados por delitos contra el patrimonio del Estado y otra que aprobó la reelección presidencial inmediata. Durante el año 2005 se adelantaron tres actos legislativos que modificaron los artículos 48 y 176 de la Constitución, con cambios concretos en el régimen pensional, con regímenes especiales para los miembros de la fuerza pública, el Presidente de la República y los maestros; en materia electoral, se introduce la circunscripción internacional para la elección de los representantes a la Cámara y se establecen dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365 mil habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365 mil.

En el año 2007 se dieron cuatro actos legislativos, por medio de los cuales se modificaron los numerales 8 y 9 del artículo 135, los artículos 299, 312, 323, 328, 356, 357 y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia. Los cambios introducidos versan sobre diferentes aspectos del orden territorial, como por ejemplo, el régimen de transferencias de los departamentos, distritos y municipios que es reformado nuevamente; se establece el número de concejales del Concejo Distrital; se organizan como distritos especiales, industriales, portuarios, biodiversos y ecoturísticos, las ciudades de Buenaventura y Tumaco, con lo cual cambia su participación dentro del sistema general; en materia política, se constitucionalizan las citaciones y los requerimientos del Congreso a ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos, como una medida para fortalecer el sistema de frenos y contrapesos.

En 2008 se profiere un acto legislativo que adiciona el artículo 125 de la Constitución Política, relativo al régimen de carrera administrativa, el cual fue posteriormente declarado inconstitucional y en el año 2009 se adelantaron dos actos legislativos que modificaban los artículos 49, 107

y siguientes de la Constitución, con el fin de establecer, por una parte, una nueva reforma política complementando la realizada anteriormente con los fines de fortalecer los partidos y movimientos políticos y establecer los mecanismos de control a los mismos para el fortalecimiento del principio democrático; y por otra parte, el Acto Legislativo 2 modificó el contenido del derecho a la salud y el sistema nacional para su protección. Ambos actos legislativos se desarrollan en un contexto de profunda crisis, tanto de los partidos a raíz de los procesos de parapolítica como del sistema general de salud y protección social, dado el desequilibrio financiero, de cobertura y calidad del mismo.

En el año 2010 asume la jefatura de Estado el Presidente Juan Manuel Santos y ha sido durante este año y medio cuando proporcionalmente más reformas constitucionales se han producido, llegando a cinco en un año y dos más que se encuentran en curso, una de ellas relativa a la estructura y el funcionamiento de la rama judicial. Los artículos modificados son el 183, el 77, el 360, el 361 y se deroga el 76. Con estas reformas se estableció el principio de la sostenibilidad fiscal y se constituyó el Sistema General de Regalías y Compensaciones, entre otras modificaciones. Es de resaltar que varios de estos actos legislativos se encuentran en este momento en revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.



REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1989). Constitutional Politics-Constitutional Law. *Yale Law Journal*, 99.
- Benítez Rojas, V. (2011). Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la Constitución por parte de la jurisprudencia constitucional colombiana. *Vniversitas*, 122, Pontificia Universidad Javeriana.
- Bryce, J. (1962). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Cajas Sarriá, M. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Revista Precedente*.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta. Conc. 1.608, octubre 28 de 2004. (MP: Gustavo Aponte Santos).
- Consejo De Estado, Sala de Consulta. Conc. 1131, agosto 6 de 1998 (MP: César Hoyos Salazar).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 971 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-487 de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-668 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 35978 del 17 de agosto de 2011 (MP: Fernando Castro).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia Número 138, del 9 de octubre de 1990, Referencia: Expediente No. 2214 (351-E).

De Cabo, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.

De Vega, P. (1991). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos.

Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, 6.

González Jácome, J. (2007). *Entre la ley y la constitución, una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Jellinek, G. (2991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Lowenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.

Morelli, S. (2005). Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma constitucional en la sentencia C-551 de 2003. En *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Parejo, L. (2005). Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea. En *Reforma de la Constitución y Control de Constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Quinche, M. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Ramírez Cleves, G. (2005). *onzalo Límites de la reforma constitucional en Colombia el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Garavito, C. (2010). *Cortes y cambio social*. Bogotá: DeJusticia.

Sieyés, E. (1973). ¿Qué es el tercer Estado? México: UNAM.

Uprimny, L. (1957). ¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 174.

Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

Zuluaga, R. (2008). ¿Supremacía o Reforma?: Una aproximación a la Constitución con especial referencia a la Colombiana. *Vniversitas*, 116.



Nicolás Figueroa

Abogado con Maestría en Filosofía de la Universidad de los Andes. Actualmente cursa estudios de Doctorado en Sociología en la New School for Social Research, Nueva York. Ha dictado cursos sobre Interpretación Constitucional y Teoría del Derecho en la Universidad Jorge Tadeo Lozano y ha participado en varios proyectos de investigación en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes.



El debate sobre la reelección presidencial

Por: Nicolás Figueroa

El régimen presidencial ha sido una constante en la historia del constitucionalismo colombiano. La figura de la reelección inmediata del Presidente, por el contrario, no lo ha sido. Casi 200 años después de la adopción de nuestra primera constitución nacional, los presidentes en ejercicio tan sólo han podido aspirar a la reelección inmediata durante la corta vigencia de la Constitución de 1821. A partir de 1830 y hasta la adopción de nuestra actual Constitución, esta posibilidad fue descartada, dándole paso a la figura de la reelección con intermisión: era necesario esperar un período para poder aspirar nuevamente a la Presidencia. Temores frente a la posibilidad de que la Presidencia desbordase sus poderes, dando lugar a una especie de monarquía constitucional, llevaron a la proscripción de la reelección inmediata. La clase política colombiana estuvo por un largo tiempo comprometida con el principio republicano de la separación de poderes, de ahí su desconfianza frente a esta figura institucional. Se veía en la figura de la reelección inmediata un elemento desestabilizador conducente a la violencia política entre facciones que no encuentran alternativas institucionales para competir por el poder¹.

Aún así, esta tradición parece no haber echado raíces profundas en la cultura política del país, lo cual apunta a las dificultades de establecer un diseño constitucional adecuado para contener el desborde del poder presidencial. Desde 1991 el régimen constitucional colombiano ha vuelto a abrirse a la experimentación institucional. La Asamblea Constituyente decidió prohibir la reelección presidencial en cualquiera de sus modalidades, alejándose así de previas generaciones de cuerpos constituyentes; nadie podría ser Presidente por más de un período. Sin embargo, el consenso alrededor de lo que la Asamblea Constituyente llamó “el principio de la no reelección” se vino abajo trece años después con la aprobación por parte del Congreso de la República del Acto Legislativo 02 de 2004, el cual logró sortear con éxito el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional.

A partir de este momento la figura de la reelección presidencial inmediata volvió al escenario político después de haber tenido tan sólo una presencia marginal a lo largo de nuestra historia republicana. Y volvió con fuerza, pues tan sólo cinco años después el Congreso expidió la Ley 1354 de 2009 convocando a un referendo para someter a consideración del pueblo colombiano la posibilidad de una nueva enmienda constitucional, esta vez permitiendo la posibilidad de una segunda

1 Sobre las razones que históricamente se han dado para desvirtuar la figura de la reelección inmediata y la relativa estabilidad institucional que la reelección con intermisión produjo en el país, ver Castro (2005). Sobre la evolución del poder presidencial en Colombia, ver Vázquez Carrizosa (1979).

reelección inmediata. Pero a diferencia del Acto Legislativo de 2004, este proyecto de reforma fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en una sentencia del año 2010. Hoy los ánimos de experimentación parecen haberse calmado, sin que aún sea posible decir con exactitud cuáles serán las consecuencias políticas de las nuevas reformas a nuestro régimen presidencial.

¿Cómo entender estos cambios abruptos? ¿Cómo explicar el quiebre por parte de la Asamblea Constituyente con lo que parecía una práctica sólidamente establecida en nuestra tradición constitucional? ¿Qué hubo detrás del empeño del Congreso por sacar adelante la reelección inmediata, incluso por una segunda vez? ¿Qué papel jugó la Corte Constitucional durante este último período de experimentación institucional? ¿Cómo luce hoy nuestro ordenamiento constitucional cuando la turbulencia política causada por el último proyecto de reforma a la figura de la reelección presidencial parece haberse calmado? Estas son las preguntas que guían este artículo.

La historia del debate sobre la reelección presidencial en Colombia es larga y compleja, por lo que no podrá abordarse en esta oportunidad en su totalidad. Sin embargo, entender lo sucedido en los últimos veinte años alrededor de este aspecto de nuestro ordenamiento constitucional es de central importancia. Es necesario repasar nuestra historia reciente poniendo especial atención a los argumentos utilizados por la clase política colombiana para justificar esta nueva etapa de experimentación constitucional, así como a los diferentes obstáculos institucionales que de alguna manera han contribuido a moderar los ánimos de cambio y a redefinir las características de nuestro ordenamiento constitucional. Este ejercicio nos permitirá identificar con mayor claridad el rumbo hacia el cual deberán dirigirse futuros esfuerzos para consolidar la democracia en el país.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y EL PRINCIPIO DE LA NO REELECCIÓN PRESIDENCIAL

Cuando la Asamblea Constituyente entró a debatir sobre el régimen político que se debería adoptar en la nueva Constitución, pocas dudas había acerca de la existencia de una única alternativa: la continuidad del régimen presidencial. Jaime Castro, en su calidad de miembro de la Comisión Tercera encargada de discutir estos asuntos en la Asamblea, se refería al régimen presidencial como “[...] el sistema político que más se acomoda a nuestra realidad, temperamento y necesidades, dadas las circunstancias que vivimos de un tiempo a esta parte y que tal vez no logremos superar totalmente en el inmediato futuro: conflictos, desigualdades y tensiones derivadas de nuestro acelerado y volcánico proceso de cambio”².

Según el sentir de la Asamblea Constituyente, Colombia difícilmente podría separarse de una arraigada tradición política basada en el régimen presidencial. Nuestra historia de violencia casi constante y de grandes desigualdades sociales, sumada a la necesidad de embarcar al país en un proceso de modernización que lo pusiese en sintonía con la coyuntura global, hacía del régimen presidencial una necesidad inescapable. Las palabras de Castro evidencian la asociación de atributos como la firmeza y la determinación con la idea misma del régimen presidencial. Colombia no podía darse el lujo de prescindir de estos atributos si lo que se quería era dar respuesta a los problemas estructurales del país.

Sin embargo, este consenso alrededor del régimen presidencial venía acompañado de ciertas angustias, las cuales se han hecho presentes a lo largo de nuestra historia constitucional. Alfredo Vázquez Carrizosa, Presidente de la Comisión Tercera de la Asamblea Constituyente, decía en 1979 que “el

² Gaceta Constitucional No. 83, ponente: Jaime Castro, “Defensa del régimen presidencial”.



primer problema constitucional que se planteó a la Gran Colombia no fue, por lo tanto, la escogencia del Jefe de Estado, sino el género de gobierno republicano que podía acomodarse a la tarea del hombre providencial” (pp. 400). Fueron estas mismas angustias las que llevaron a la Asamblea Constituyente de 1991 a prohibir, por primera vez en la historia del país, la figura de la reelección presidencial en cualquiera de sus modalidades.

El Constituyente Alberto Zalamea Costa planteó ante la Asamblea sus preocupaciones frente a la adopción del régimen presidencial, estableciendo el tono que tomarían las discusiones sobre la reelección durante los meses siguientes. En su opinión, en Colombia se había hecho costumbre ver al Presidente de la República como un representante de las facciones políticas que lo llevan al poder, costumbre que habría traído consecuencias negativas a las dinámicas políticas del país. Por esta razón, decía Zalamea, “[...] algunas veces el sectarismo político superó el afán patriótico de los mandatarios. Conviene, en consecuencia, incorporar a la Constitución una norma explícita que obligue al Presidente —como Jefe del Estado y símbolo de la unidad nacional— a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos”³.

Para sustentar su propuesta recurrió a las palabras del expresidente Alberto Lleras Camargo, dirigidas a condenar los problemas que repetidamente han sido analizados en la literatura sobre el régimen presidencial⁴. Para el expresidente, el régimen presidencial tiende hacia la concentración del poder, como lo muestra la prolongada hegemonía del PRI en la política mexicana. Este caso,

según la cita recogida por Zalamea Costa, ilustraría la forma en la que la constante expansión de las atribuciones del poder ejecutivo termina por inutilizar al Congreso de la República y demás instituciones estatales hasta sujetarlas a su control. Por esta vía, así va el argumento del Constituyente, tiende a desaparecer la separación de poderes y se instaura una monarquía constitucional que cristaliza el dominio de una facción política sobre el Estado⁵. Y ya que el principal objetivo de la Asamblea Constituyente era el de sentar las bases para la erradicación de la violencia política en Colombia, era necesario tomar medidas conducentes a prevenir tal escenario. Independientemente de la veracidad de este argumento o de los alcances reales del poder presidencial en países como Colombia, la Asamblea Constituyente terminó adoptándolo como premisa para la discusión sobre el diseño del régimen presidencial⁶. Los constituyentes buscaron disminuir los riesgos

5 Al interior de la Comisión Tercera varios constituyentes se referían a esta tendencia hacia la concentración del poder como “la concepción telúrica de la política”. Este concepto fue sugerido por el Constituyente Alfonso Palacio Rudas e incorporado al vocabulario de otros constituyentes como Alfredo Vázquez Carrizosa y Carlos Lleras de la Fuente. Ver Gaceta Constitucional No. 102, Actas de la Comisión Tercera.

6 Estudios desde el punto de vista de la ciencia política han buscado desmentir la tesis que hizo carrera en la Asamblea Constituyente. Para autores como Archer y Shugart (1997) los poderes del Presidente en Colombia han sido tan solo aparentes. La tendencia a gobernar a través del estado de sitio sería una muestra de esta debilidad y no de su extremo poder, como se tiende a decir. Las diferencias entre las reglas electorales referentes al Presidente y a los miembros del Congreso crearían un sistema de incentivos divergentes que llevarían al Presidente a impulsar políticas de carácter nacional sin el respaldo del Congreso, pues éste tan sólo estaría interesado en responder a las exigencias de sus clientelas locales. Podemos tomar como ejemplos de la debilidad institucional del Presidente de la República mencionada por estos autores, los fracasados intentos de reforma de cada uno de los gobiernos que tuvieron lugar entre 1974 y 1990 y que finalmente llevaron a la Asamblea Constituyente. La Asamblea, de hecho, respondió al problema planteado por Archer y Shugart al establecer la circunscripción nacional para el Senado de la República y así aproximar los intereses del Congreso a los de la Presidencia.

3 Gaceta Constituyente No. 21, ponente: Alberto Zalamea Costa, “Jefe del Estado y no reelección”.

4 Al respecto, ver la conocida colección de artículos teóricos y empíricos editada en dos volúmenes por Juan Linz y Arturo Valenzuela (1994). Para un análisis reciente de los peligros del régimen presidencial en el caso de los Estados Unidos, ver Ackerman (2010).

del régimen presidencial a través de un diseño institucional que tuviese en cuenta las debilidades del régimen político anterior, y que ya habían sido identificadas hace tres décadas por Vázquez Carrizosa (1979, pp. 19): (1) un excesivo poder presidencial que se acentúa por su intervención cada vez mayor en la regulación de la economía⁷; (2) el desprestigio del Congreso frente a la ciudadanía dada su incapacidad para fiscalizar al Gobierno y sus prácticas clientelistas⁸; y (3) el abuso del estado de sitio como herramienta permanente de gobierno para responder a las crisis de gobernabilidad recurrentes⁹. En estas tres áreas la Asamblea adelantó reformas más o menos drásticas.

La respuesta de la Asamblea al primer problema no se alejó mucho de lo previsto en la Constitución de 1886. El Presidente retuvo amplios poderes legislativos: considerables niveles de iniciativa legislativa de carácter exclusivo, la facultad de enviar al Congreso proyectos de ley con carácter de urgencia, la autoridad para expedir decretos permanentes bajo la figura de la emergencia económica, así como la posibilidad de recibir la delegación de poderes legislativos por parte del Congreso. Sin embargo, sí hubo una disminución relativa, al menos en la teoría, de los poderes del Presidente en la medida que la Asamblea hizo grandes esfuerzos para recuperar el protagonismo institucional del Congreso de la República. Se estableció la circunscripción nacional para el Senado buscando acercar más a esta institución a los problemas políticos nacionales y

se dio al Congreso la facultad de superar el veto presidencial sobre cualquier tipo de legislación siempre que así lo deseen las mayorías absolutas de sus dos cámaras. También se estableció la moción de censura contra los ministros de gobierno como una herramienta para el ejercicio del control político por parte del Congreso. Por último, la Asamblea acabó con la figura del estado de sitio remplazándola por la del estado de excepción. A través de esta nueva figura la Asamblea redujo los espacios para que el Presidente legisle a través de medios excepcionales y sujetó su declaratoria al control de constitucionalidad ejercido de oficio por la Corte Constitucional¹⁰.

Este amplio conjunto de reformas vino acompañado de la creación de una compleja estructura estatal con la que se buscaba desarrollar el principio de la separación de poderes de acuerdo con su evolución en el mundo contemporáneo. Organismos de control autónomos e independientes como la Procuraduría, la Contraloría, Fiscalía, el Consejo Nacional Electoral, entre otros, vendrían a reforzar las limitaciones al ejercicio arbitrario del poder tanto del Presidente como de cualquier otro funcionario del Estado, a pesar de habersele otorgado al Presidente considerables poderes de nominación en este campo¹¹.

Aún así, y a pesar de la importancia de estas reformas para limitar el poder del Presidente de la República —las cuales llevaron a varios constituyentes a pensar que lo que se estaba proponiendo

7 Sobre el incremento del poder presidencial en Colombia a través de una mayor participación en la regulación de la economía, ver Barreto (2011a, cap. 4).

8 Sobre la relación entre el clientelismo y la pérdida de legitimidad de instituciones políticas como el Congreso, ver García Villegas (2009).

9 Sobre el uso y abuso del estado de sitio en Colombia y la forma en la que este tema fue discutido en la Asamblea Constituyente, ver Barreto (2011b).

10 Sobre los debates de la Asamblea Constituyente referentes a los poderes del Presidente y sus relaciones con el Congreso, ver Negretto (2012).

11 Ver el informe “Estructura del Estado” presentado ante la Comisión Tercera por los ponentes Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz, Abel Rodríguez. Gaceta Constitucional No. 59. Para una interpretación contemporánea sobre la separación de poderes que, valga la pena decir, es bastante crítica del régimen presidencial, ver Ackerman (2007).



era un régimen mixto más cercano al parlamentarismo¹²—, la Asamblea consideró necesario establecer el principio de la no reelección. En un informe presentado por cinco ponentes a la Comisión Tercera se planteaban de forma concreta las razones por las cuales se debía prohibir la reelección:

“La prohibición de la reelección para el Presidente y quien haya ejercido a cualquier título la Presidencia, pretende evitar la incidencia del Presidente en el proceso de elección a ese cargo y la instauración de dictaduras personalistas o la prolongación inconveniente del mandato democrático; además, permite una mayor rotación de personas en el cargo de Presidente, facilitando una mayor participación de las diferentes fuerzas políticas; busca evitar, por último, que el cáncer del clientelismo siga haciendo estragos en el país a través de unas expectativas permanentes de reelección”¹³.

Los constituyentes dedicaron parte de su tiempo a discutir el argumento según el cual mantener abierta la posibilidad de reelección funcionaría como un incentivo para que los presidentes en ejercicio, desde su posición de poder, ejerciesen influencia sobre el proceso electoral normalmente acudiendo a prácticas clientelistas. También se dijo que la tentación a la que estarían sujetos los presidentes en ejercicio de hacerse reelegir, cambiaría las prioridades del gobierno. La no reelección, se decía, permitiría al gobierno de

turno dirigir todos sus esfuerzos a sacar adelante sus proyectos durante el tiempo que estuviese en el cargo y se evitarían las distracciones que vienen de la mano con los planes reeleccionistas. A esta posición se anteponía el argumento según el cual la reelección permitiría premiar o castigar la labor del Presidente en ejercicio y forzaría a la oposición a presentar mejores programas de gobierno, mejorando así la calidad del debate democrático en el país¹⁴. Sin embargo, la principal preocupación de los constituyentes a lo largo de este debate fue permitir una mayor rotación de personas en el cargo de Presidente. A esto contribuyó de manera decisiva la singular distribución de las fuerzas políticas al interior de la Asamblea Constituyente.

La Asamblea Constituyente fue un cuerpo compuesto por una pluralidad de fuerzas políticas dentro del cual los partidos tradicionales se vieron forzados a buscar el consenso con otros de origen reciente como el M-19 o el Movimiento de Salvación Nacional. Ninguno de estos partidos estaba en condiciones de imponerse sobre los demás pues carecían de las mayorías necesarias para lograrlo. Al mismo tiempo, la composición plural de la Asamblea era señal de incertidumbre política, pues la emergencia de nuevas fuerzas políticas con significativo potencial electoral hacía imposible saber a ciencia cierta qué partido iba a estar mejor posicionado para alcanzar la Presidencia en las próximas elecciones. En este contexto, la prohibición de la reelección presidencial en cualquiera de sus modalidades respondía a los intereses de todos los partidos. Por un lado, el M-19 y Salvación Nacional apoyaban la prohibición pues la veían como un mecanismo útil para romper con la hegemonía establecida por los líderes de los partidos tradicionales y así abrir espacios para permitir la rotación de la élites políticas. Los partidos tradicionales, por su parte, también tenían buenas ra-

12 Ver Gaceta Constitucional No. 83, ponente: Jaime Castro, “Defensa del régimen presidencial”. Para una caracterización del régimen político establecido en la Constitución de 1991 como “una heterodoxia constitucional” que incorpora la moción de censura propia del parlamentarismo al régimen presidencial, ver Moreno Ortiz (2008).

13 Gaceta Constitucional No. 41, ponentes: Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz, Abel Rodríguez, “Elección del Presidente de la República por el sistema de doble vuelta”.

14 Ver Gaceta Constitucional No. 102, Actas de la Comisión Tercera.

zones para apoyar la prohibición. Tanto los liberales como los conservadores estaban fraccionados a su interior y cada grupo quería tener la oportunidad de promover a sus propios candidatos. Negar cualquier posibilidad de reelección presidencial permitiría a futuros aspirantes romper con el dominio de los expresidentes al interior de sus respectivos partidos y favorecer las candidaturas de nuevos líderes políticos¹⁵.

La participación de los expresidentes en la política colombiana fue de central importancia en los debates sobre la reelección presidencial. En general prevaleció una actitud de antipatía frente a los anteriores mandatarios. En los debates al interior de la Comisión Tercera se impuso la idea según la cual la figura de la reelección presidencial contribuiría a estancar el surgimiento de nuevos líderes políticos en el país. En palabras del Constituyente Álvaro Echeverri Uruburo: “la reelección ha tornado a los expresidentes en pontífices de sus partidos que ante la posibilidad de reelección impiden la renovación de los partidos y entorpecen su oxigenación”¹⁶. En este sentido, el principio de la no reelección permitiría algo más que evitar la concentración del poder; también contribuiría a dar nueva vitalidad a los partidos políticos, altamente desprestigiados ante la opinión pública del país.

Una pequeña minoría al interior de la Comisión Tercera se dio a la tarea de rebatir estos argumentos, pero no con la intención de promover la figura de la reelección inmediata —la cual tuvo poco apoyo en la Asamblea—, sino para defender la tradición de la reelección con intermisión. El Constituyente conservador Hernando Yepes

Arcila tomó la vocería para defender la práctica que había prevalecido a lo largo de nuestra historia constitucional, y a la que él prefería referirse como “nueva elección”, pues reelección sólo podría llamarse aquella de carácter inmediato. Para Yepes, la animadversión contra los expresidentes era injustificada. Al respecto decía:

«Nada hay que justifique la no reelección, porque en una nueva elección en la que participe quién ha sido presidente, no tiene el candidato poder actual que justifique la medida, no hay razón de higiene política como pretexto. Además el presidente en el caso de la posibilidad de reelección posterior se siente comprometido en su ejercicio sabiendo que su carrera política continúa, no sometiéndose a conductas inmorales que terminen su carrera, situación que sí ocurre para aquél que sabe que terminado su período finaliza su carrera política»¹⁷.

Con esta propuesta, Yepes pretendía abrir una alternativa a través de la cual se hiciese posible mantener disponible para el futuro la experiencia política acumulada por los expresidentes sin caer en los problemas propios de la reelección inmediata¹⁸. Sin embargo, Yepes no logró ser convincente. Constituyentes como Carlos Lleras de la Fuente sostenían que la reelección, incluso con un período de por medio, tiene siempre un aspecto clientelista. En su opinión, la reelección con intermisión permi-

15 Sigo en este argumento el excelente análisis de Gabriel Negretto (2012) sobre las dinámicas al interior de la Asamblea Constituyente. Aquí, entre muchos otros temas, se trata el de la reelección.

16 Gaceta Constitucional No. 102, Actas de la Comisión Tercera.

17 Hubo varias propuestas dirigidas a conceder a los expresidentes el cargo de senadores vitalicios como una alternativa para mantener la experiencia acumulada durante años de gobierno al servicio del país, pero fueron rechazadas.

18 En su libro, Castro señala que la reelección con intermisión no ha causado traumatismos institucionales en el país y que Colombia, a pesar de las posibilidades jurídicas consignadas en los textos constitucionales, no ha sido tierra fértil para la reelección, como lo muestran los fracasados intentos de Ospina Pérez, Lleras Restrepo y López Michelsen. Sin embargo, sí hubo traumatismo al interior de los partidos cada vez que los expresidentes buscaron la reelección.



te al Presidente mantener una influencia en la escogencia de su sucesor y así sostener “un engranaje que le permita al nuevo Presidente facilitarle la reelección en el período siguiente”. Esto se dijo a pesar de la experiencia histórica reciente, la cual nos enseña que la gran mayoría de intentos reeleccionistas han fracasado en el país, con la excepción del retorno al poder de López Pumarejo. Prevalció, pues, la necesidad de permitir la oxigenación de los partidos políticos y así evitar sus constantes divisiones internas que, como lo señala Jaime Castro, contribuyeron de manera importante a propiciar el golpe de Estado del General Rojas Pinilla⁸ (2005, pp. 65).

De esta manera se impuso el principio de la no reelección en la Asamblea Constituyente. El artículo 197 de la Constitución quedaría de la siguiente forma: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia [...]”. Se consideró que por este medio se podría evitar la concentración del poder en manos del Presidente, reducir el clientelismo y crear incentivos para utilizar la totalidad del período presidencial para sacar adelante la agenda del gobierno. Pero sobre todo, el principio de la no reelección respondió a los deseos de la clase política de promover una mayor rotación de personas en el cargo de Presidente y así mantener abiertas sus aspiraciones políticas. Así se dejó atrás una tradición como la reelección con intermisión que, como bien lo muestra Jaime Castro, había permitido al país disfrutar de un siglo de estabilidad institucional a pesar de los problemas políticos que causó al interior de los partidos.

EL REGRESO DE LA REELECCIÓN INMEDIATA

La llegada de Álvaro Uribe Vélez a la Presidencia de la República en el 2002 imprimió un nuevo rumbo al diseño institucional colombiano. Los al-

tos niveles de aprobación de su Política de Seguridad Democrática lograron sacudir la organización de las fuerzas políticas del país y abrieron el camino para el regreso de la figura de la reelección inmediata. El panorama político ya no era aquel bajo el cual se expidió la Constitución de 1991. Las nuevas fuerzas políticas que emergieron con vigor durante el proceso constituyente desaparecieron o tomaron nuevas formas. Tal fue la suerte tanto del M-19 como del Movimiento de Salvación Nacional. Por su parte, los partidos tradicionales se encontraban en un profundo estado de crisis, mientras que los partidos de izquierda no tenían opciones reales de llegar al poder.

El Partido Conservador llegó dividido a las elecciones. Fue incapaz de impedir la candidatura independiente de Noemí Sanín, y su candidato oficial, Juan Camilo Restrepo, nunca despegó en las encuestas. Restrepo terminó desistiendo de su candidatura, lo cual permitió la adhesión del Partido Conservador a la candidatura de Álvaro Uribe. Al mismo tiempo, el fracaso del proceso de paz adelantado por el gobierno saliente de Andrés Pastrana fue hábilmente utilizado por los demás candidatos. El abrupto ascenso de Uribe en las encuestas obedeció a sus fuertes críticas contra el gobierno Pastrana y a su habilidad para capitalizar el descontento de la ciudadanía frente a la situación de inseguridad prevaleciente en el país. Uribe también se la jugó por una candidatura independiente, negándose a participar en la consulta interna del Partido Liberal. Este partido apoyó nuevamente a Horacio Serpa, quien ya había fracasado en las elecciones anteriores y cargaba consigo el desprestigio de su cercanía al gobierno de Ernesto Samper. Varios dirigentes liberales decidieron apoyar al candidato independiente. Así, no hubo necesidad de segunda vuelta. Uribe obtuvo una cómoda victoria en las urnas.

Transcurridos dos años del nuevo gobierno la Política de Seguridad Democrática se había

afianzado ante la opinión pública. Uribe gozaba de altos niveles de aprobación y había logrado alinear al Partido Conservador con su gobierno. También logró debilitar al Partido Liberal, del cual salieron varios líderes políticos a engrosar las toldas de nuevos movimientos cercanos a la agenda política del Presidente. A diferencia del panorama político de los años anteriores, Uribe contaba con el apoyo de gran parte de la clase política del país. Evidentemente, los esfuerzos de la Asamblea Constituyente dirigidos a fortalecer a los partidos políticos y a enfrentar el clientelismo fracasaron rotundamente. Aún cuando los expresidentes ya no podían aspirar a la reelección las divisiones intrapartidistas persistieron, facilitando a un presidente carismático controlar al Congreso mediante el reparto burocrático. Tan sólo algunos sectores minoritarios pertenecientes a la izquierda política y al oficialismo liberal se mantenían en abierta oposición al gobierno Uribe. La coyuntura política del momento no dejaba lugar a dudas: una segunda candidatura de Uribe a la Presidencia tendría grandes probabilidades de éxito.

Cuando se presentó ante el Congreso el proyecto de Acto Legislativo dirigido a permitir la reelección presidencial, se dio inicio a un debate que monopolizaría la atención de la opinión pública por un buen tiempo. A diferencia de lo sucedido en 1991, cuando el debate oscilaba entre las alternativas de la no reelección y la reelección con intermisión, en 2004 el apoyo mayoritario a Uribe en el Congreso inclinaba la discusión hacia una única alternativa: la reelección inmediata. El carácter personalista del proyecto de reforma pasó rápidamente al primer plano. El fenómeno Uribe no solo traía consigo el inminente retorno de la reelección inmediata. También rompía con el estilo político de anteriores presidentes más preocupados con mantener su imagen como jefes de Estado. Como lo muestra Jaime Castro, ninguno de los expresidentes que a lo largo del siglo pasado buscaron la reelección se atrevieron a sugerir cambios constitucionales

en nombre propio (2005, pp. 80). Uribe actuó más como jefe de gobierno y representante de una facción política que como jefe de Estado cuando decidió movilizar sus fuerzas en el Congreso para reformar la Constitución, y fue criticado fuertemente por ello¹⁹. Columnistas de opinión en diferentes periódicos nacionales denunciaron el proyecto. Entre ellos Eduardo Posada Carbó (2004), quien logró captar la atención de los ponentes con las siguientes palabras:

«Todo nuestro edificio constitucional ha estado informado por el principio republicano y liberal de la limitación del poder. Aquí se encuentra para algunos, como lo señala John Carey, el argumento más fuerte contra la reelección: esta puede convertirse en una invitación a 'los abusos del Ejecutivo y, en últimas, a la tiranía'. Propiciar el cambio de las reglas de juego para favorecer a quienes están en el mando atenta aún más contra este principio, muy arraigado en nuestra cultura democrática.»

Sin embargo, las diferentes ponencias que se presentaron en ambas cámaras del Congreso a favor de la reelección buscaron contener estas críticas y aportar razones que desvirtuasen el carácter personalista del proyecto. Decían los ponentes del proyecto en el Senado:

«El debate sobre el perfeccionamiento de nuestra ingeniería constitucional siempre es oportuno. Es tema de cada día y tiene la misma importancia, tanto si al momento de decidirse el cambio constitucional la opinión sobre

19 Es importante recordar el artículo 188 de la Constitución de 1991: "El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos". El empeño del Presidente Uribe por alcanzar la reelección es un ejemplo claro de los riesgos propios de asignar a una sola persona la doble condición de jefe de Estado y jefe de gobierno, como bien lo muestra Juan Linz (1994, pp. 24-26).



el Presidente está en alta, o está en baja. No es este proyecto la respuesta a un clima de simpatía por el actual mandatario, ni consideramos que quienes se opongan lo harán por antipatía personal. Entendemos que hay razones históricas, políticas, filosóficas e institucionales que deberán ser debatidas ampliamente durante la discusión del proyecto, sin consideración de nombres propios y coyunturas específicas»²⁰.

Las mayorías en el Congreso estaban decididas a sacar adelante el proyecto de Acto Legislativo, llevando nuevamente a la clase política a un debate similar al que tuvo lugar en la Asamblea Constituyente. La principal diferencia estaba en que ahora era inevitable confundir los argumentos sobre los efectos estructurales de la reforma en el largo plazo con los que apuntaban a la necesidad de dar continuidad a la Política de Seguridad Democrática del Presidente Uribe. Los defensores del proyecto constantemente aludían al evidente deseo del pueblo colombiano de reelegir al Presidente Uribe para darle continuidad a sus exitosas políticas, razón por la cual era necesario enmendar la Constitución²¹. Este argumento era reforzado continuamente acudiendo a la teoría democrática. Se decía que la reelección inmediata permitiría al pueblo colombiano evaluar a través del voto el desempeño del gobierno²²; que prohibir la reelección era una muestra de temor frente la voluntad general, la cual se encuentra por encima del derecho²³; que la reelección permite el desarrollo de políticas de largo plazo²⁴,

entre otras razones. También se dijo que para ese entonces el pueblo colombiano ya había alcanzado una madurez democrática que le permitía prescindir de tales restricciones electorales y por lo tanto no habría razones para temer a las supuestas tendencias personalistas y mesiánicas del Presidente de la República. Como prueba de ello se citaba el fracaso del referendo de 2003, en el cual el Presidente Uribe invirtió gran parte de su capital político²⁵.

Todos estos argumentos fueron atacados uno a uno por los opositores de la reelección. Se retomó la concepción telúrica de la política que hizo carrera en la Asamblea Constituyente para advertir sobre los riesgos de la concentración del poder, la cual era incluso aceptada por varios de los defensores de la reelección²⁶; se acudió a la experiencia histórica con la intención de recordarle a los promotores del proyecto los resultados desastrosos que suelen acompañar el cambio de las reglas de juego a nombre propio, como en el caso de Rafael Reyes a principios del siglo pasado²⁷; se caracterizó de utópica y peligrosa la idea de una democracia sin restricciones²⁸; se dijo que la reelección debilitaría aún más el sis-

20 Gaceta del Congreso No. 313 de 2004.

21 Gaceta del Congreso Nos. 102, 115, 234, 370 y 414 de 2004.

22 Gaceta del Congreso Nos. 115, 313 y 370 de 2004.

23 Gaceta del Congreso Nos. 102, 115, 234, 313, 370 y 414 de 2004.

24 Gaceta del Congreso Nos. 102, 234, 260 y 313 de 2004.

25 Decían los Senadores Mario Uribe, Claudia Blum y Juan de Jesús Córdoba, en su informe de ponencia para el segundo debate: "De todas formas, no se puede desconocer que una reelección consecutiva debe ir acompañada de provisiones que eviten un eventual anquilosamiento del poder o conductas de abuso frente a los recursos públicos. Por esta razón, consideramos fundamental la propuesta del proyecto de permitir la reelección sólo por un período adicional, sea este consecutivo o no y las reglas que contiene para que se regule un sistema electoral igualitario para la campaña presidencial". Gaceta del Congreso No. 176 de 2004.

26 Gaceta del Congreso Nos. 235, 369, 371 y 589 de 2004.

27 Gaceta del Congreso Nos. 235, 275 y 371 de 2004.

28 Gaceta del Congreso Nos. 235 y 371 de 2004. Para una caracterización de las constituciones colombianas como cartas de batalla, ver Valencia Villa (1987).

tema de partidos y que llevaría al país de vuelta a los tiempos en los que las constituciones eran vistas como cartas de batalla, instrumentos para la anulación del adversario político²⁹; se agregó que la reelección requeriría como contrapeso el fortalecimiento de la autonomía regional, hasta el momento carente en el país³⁰; por último, se dijo que la aprobación del Acto Legislativo en discusión implicaría una sustitución de la Constitución vigente y que el Congreso no estaba facultado para ello³¹.

Sin embargo, el Acto Legislativo 02 de 2004 fue aprobado por el Congreso, reformando el artículo 197 de la Constitución de la siguiente forma: "Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos". La aprobación de esta enmienda constitucional vino acompañada de algunas medidas dirigidas a garantizar a la oposición las condiciones mínimas necesarias para competir en igualdad de condiciones con quien en adelante tendría la doble condición de candidato y Presidente. El Congreso decidió incluir un párrafo transitorio al artículo 197 estableciendo que "quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial". De esta manera se buscaba calmar los temores de la oposición ante un eventual intento del Presidente Uribe de aspirar a un tercer período en el cargo. También se agregaron dos incisos al artículo 127 de

la Constitución dirigidos a mantener ciertos sectores de la burocracia estatal alejados de cualquier tipo de actividad partidista y controversia política, así como a establecer limitaciones a las campañas electorales del candidato-Presidente. Por último, se adicionó el literal f al artículo 152 de la Constitución, dando al Congreso de la República la tarea de establecer mediante ley estatutaria "un sistema que garantice la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República". Esta disposición venía acompañada de un párrafo transitorio señalando la urgencia de esta ley estatutaria, de modo que la oposición pudiese contar con las garantías necesarias en las próximas elecciones presidenciales. La Ley 996 de 2005, conocida como la "Ley de Garantías", fue el resultado de estas nuevas disposiciones.

En este punto ya el debate no giraba alrededor de los riesgos que la figura de la reelección inmediata traería a la estructura política del país. La enmienda constitucional permitiendo la reelección fue aprobada sin mayores consideraciones sobre el principio de separación de poderes. Incluso la oposición se vio reducida a buscar acuerdos sobre asuntos limitados a la contienda electoral. A un lado quedó la necesidad de ajustar, entre otras cosas, las normas sobre la composición de los diferentes órganos de control, de modo que el Presidente, en caso de ser reelegido, no cooptase la totalidad del Estado haciendo uso de sus poderes de nominación o ejerciendo influencia mediante prebendas sobre el Congreso de la República. Primaron las consideraciones electorales de corto plazo sobre aquellas de carácter estructural dirigidas a evitar los ya mencionados riesgos del régimen presidencial. Por el contrario a lo sucedido durante la Asamblea Constituyente con el establecimiento del principio de la no reelección, la figura de la reelección inmediata no satisfacía los intereses de todos los partidos. Respondía,

29 Gaceta del Congreso No. 616 de 2004.

30 Gaceta del Congreso Nos. 371 y 616 de 2004.

31 Dado su historial de confrontaciones con el popular gobierno del Presidente Uribe, es posible presumir que la decisión favorable de la Corte estuvo mediada por el cálculo político. Al respecto, ver Rubiano (2009, pp. 117-120). Aún así, aunque la Corte produjo una sentencia favorable al Gobierno, esta misma sentencia le permitiría fortalecer su posición institucional en el futuro, como se verá más adelante.



más bien, a los intereses de un sector político fácilmente identificable.

La reelección inmediata tan sólo tendría que superar un último obstáculo: el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional. Y esta corporación, encargada de guardar la integridad de la Constitución, no encontró motivos que la llevaran a declarar la inexecutable del Acto Legislativo²⁴. En sentencia C-1040 de 2005, la Corte hizo un análisis profundo de todos los posibles vicios tanto de procedimiento como de competencia en los que pudo haber incurrido el Congreso durante el trámite del Acto Legislativo y tan sólo declaró inexecutable un aparte en el que se facultaba al Consejo de Estado para reglamentar transitoriamente, en caso de que el Congreso no lo hiciera, el “sistema de garantías” requerido para que la oposición pudiese competir en términos de igualdad con el candidato-Presidente. La Corte no encontró vicio de procedimiento alguno de parte del Congreso. Sí encontró, sin embargo, que la facultad que se le daba al Consejo de Estado implicaba un vicio de competencia consistente en una sustitución parcial de la Constitución para la cual el Congreso, aún en ejercicio de su poder de reforma constitucional, no tenía ninguna atribución. Por el contrario, rechazó el argumento de la demandante —argumento que como se mostró fue defendido por los opositores al Acto Legislativo al interior del Congreso— según el cual la figura de la reelección presidencial inmediata también implicaría una sustitución de la Constitución.

La tesis de la sustitución de la Constitución ha sido tratada en otro capítulo de este libro, por lo que acá tan sólo se hará referencia a lo dicho por la Corte respecto de la figura de la reelección presidencial inmediata. La Corte entendió que esta figura era perfectamente compatible con el régimen presidencial establecido en la Constitución de 1991 pues, en su opinión, la reelección es sólo un rasgo variable de este tipo de régimen. La tesis

de la sustitución sólo sería aceptable en el caso de una reforma a los rasgos esenciales del régimen presidencial, los cuales, siguiendo el análisis de la Corte, serían:

«[...] la elección popular directa o casi directa del Presidente de la República, quien tiene la doble condición de jefe de Estado y jefe de gobierno y no puede ser removido de su cargo antes del vencimiento del período para el que fue elegido, por votación del órgano legislativo, el cual, a su vez, tampoco puede ser disuelto por decisión del Presidente de la República.»

La Corte se limitó en su análisis a constatar que los elementos esenciales del régimen presidencial no fuesen alterados por el Acto Legislativo. De esta forma se abstuvo de entrar en consideraciones de conveniencia política que tradicionalmente son vistas como ajenas al ámbito de la decisión judicial. Para la Corte, el Congreso tomó todas las precauciones necesarias para impedir que la reforma a este rasgo variable del régimen presidencial terminase en una excesiva concentración de poder alrededor del Presidente de la República.

En su opinión, aún con la incorporación de la reelección inmediata a la Constitución, el Estado Social de Derecho se mantenía en pie, al igual que el resto de los principios fundantes del orden constitucional colombiano, como lo son la separación de poderes, la independencia de los órganos de control, las condiciones de igualdad en la contienda electoral y el control judicial sobre los actos del gobierno. La Corte entendió que no le correspondía entrar a considerar un eventual escenario en el que el Presidente, gracias a la posibilidad de conseguir un segundo período en el cargo, abuse de su poder. Su análisis se limitó al ámbito del diseño institucional, no a las posibles actuaciones del Presidente. Según la Corte:

«Hay quienes pueden considerar que no existe en el país la suficiente madurez política para asumir un esquema de reelección inmediata, o que la reforma puede conducir a escenarios de confrontación violenta o inestabilidad institucional, o que el Presidente, no obstante las limitaciones y los controles a los que está sujeto, conserva en Colombia, todavía, un poder muy grande que, en una aproximación de doble vía, se vería acrecentado por efecto de la posibilidad de reelección y podría ser utilizado para el propósito reeleccionista. Pero tales consideraciones, en cuanto no sean expresión de una objetiva sustitución o destrucción del diseño institucional, pertenecen al ámbito de la valoración política, de los análisis sobre oportunidad y conveniencia y no pueden ser objeto de decisión por el juez constitucional.»

La Corte de esta forma definió su imagen como un cuerpo deliberativo radicalmente distinto al Congreso de la República o a la Asamblea Constituyente. Los argumentos de carácter político propios de estas dos últimas corporaciones no se corresponden con el rol asignado a la Corte por la Constitución. Aún así, y a pesar de sus propias tesis sobre los rasgos esenciales y variables del régimen presidencial y sus constantes alusiones a la imposibilidad de cerrar las puertas al debate sobre la reforma institucional, la Corte estableció—sin ir más allá de una simple alusión a la doctrina autorizada y al sistema político norteamericano como el paradigma del régimen presidencial— que la reelección inmediata no sustituía la Constitución siempre que esta posibilidad estuviese limitada a un solo período adicional. De esta forma la Corte fue deferente ante el principio democrático y declaró la constitucionalidad de un Acto Legislativo mediante el cual el Congreso hacía uso de su poder de reforma constitucional sin exceder los límites de su competencia, pero no sin antes sentar las bases jurisprudenciales que en el futuro le

permitirían cerrar un capítulo bastante álgido en nuestra reciente historia constitucional.

LA SEGUNDA REELECCIÓN INMEDIATA SUSTITUYE LA CONSTITUCIÓN

El debate sobre la reelección presidencial estaba lejos de terminarse una vez el gobierno y sus fuerzas en el Congreso lograron sacar adelante el Acto Legislativo 02 de 2004. Álvaro Uribe, quien obtuvo una segunda victoria en las elecciones de 2006 después de superar en primera vuelta a Carlos Gaviria, candidato del Polo Democrático, inició su segundo período en la Presidencia con altos índices de popularidad. Esto motivó a sus seguidores a buscar una nueva reforma de la Constitución, a pesar de los límites establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia discutida arriba y sin importar que los promotores de la primera reelección reconocieran ante el Congreso el carácter inadecuado de permitir al Presidente aspirar a un tercer período.

Desde el 2005 el país contaba con un nuevo partido político, el Partido Social de Unidad Nacional —o la U—, dentro del cual habían sido acogidos varios disidentes del Partido Liberal y otros simpatizantes de las políticas del Presidente Uribe. Del seno de este partido nació la idea de impulsar un referendo dirigido a preguntar a los colombianos sobre la posibilidad de reformar la Constitución para permitir una segunda reelección inmediata del Presidente de la República. Para ello, Luis Guillermo Giraldo, secretario del partido, se dio a la tarea de recoger las firmas necesarias para presentar ante el Congreso un proyecto de ley para la convocatoria del referendo. Y a pesar de que la propuesta fue aprobada por el Congreso mediante la Ley 1354 de 2009, la clase política del momento no recibió la propuesta reeleccionista de la misma manera en que lo había hecho cuatro años atrás. Por su parte, la opinión



pública reforzó su ataque contra la iniciativa de los promotores del referendo, contando en esta oportunidad con la experiencia acumulada durante los dos últimos años del gobierno Uribe para señalar las consecuencias negativas que la reelección inmediata había introducido al sistema político colombiano.

La posibilidad de una segunda reelección del Presidente Uribe tuvo la consecuencia de alienar a líderes políticos que, como Germán Vargas Lleras, habían hecho parte de la coalición de gobierno pero guardaban la aspiración de suceder a Uribe en la Presidencia una vez terminase su segundo período. De esta forma la coalición de gobierno perdió el apoyo irrestricto que hasta el momento le venía proporcionando Cambio Radical en el Congreso. Al mismo tiempo, la propuesta de los promotores del referendo radicalizó en la oposición a partidos como el Liberal y el Polo Democrático, así como al movimiento político dirigido por Antanas Mockus. Uribe retenía el apoyo de las mayorías en el Congreso, pero la oposición también se había hecho más fuerte (ver *El Espectador*, 2009).

Por su parte, los diarios nacionales eran el escenario de férreas críticas contra la segunda reelección. Para la época se habían hecho públicas varias irregularidades tanto del proceso legislativo en el que se aprobó la reelección en 2004 (Coronell, 2008) como del proceso de recolección de firmas impulsado por los promotores del referendo (Montero, 2011). Pero independientemente de estas irregularidades, ya era posible señalar la tendencia hacia la concentración del poder en manos del Presidente desencadenada por la aprobación de la reelección inmediata. Desde la redacción política de *El Espectador* (2008) se decía:

«En el actual escenario político colombiano y de cara al futuro, hay quienes dicen que si de seguir en el poder se trata, el presidente Álvaro

Uribe no tiene necesidad de hacerse reelegir otra vez, porque los seis años que lleva en la Casa de Nariño y los dos que le faltan son suficientes para quedarse con el manejo del Estado. En efecto, lo que está viendo el país en la actualidad es que no se trataba simplemente de la reforma de 'un articulo' y que el equilibrio de poderes, esencia fundamental de la Constitución de 1991, se está echando por la borda y, en algunos casos puntuales, se convirtió en letra muerta.»

En su segundo mandato el Presidente Uribe tuvo la oportunidad de hacer uso de los poderes de nominación para expandir su influencia sobre gran parte de los organismos de control del país. Para el año 2009, el Presidente Uribe había logrado cooptar organismos como la Defensoría del Pueblo y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. También había logrado reducir los niveles de independencia de organismos como la Fiscalía, la Procuraduría, la Contraloría, el Consejo Nacional Electoral, el Banco de la República, la Comisión Nacional de Televisión y, supuestamente, la Corte Constitucional. En todos estos organismos Uribe había logrado ubicar personas cercanas a su administración o con ideas políticas semejantes, aunque en ocasiones las decisiones tomadas por estos organismos se alejaban de los intereses directos del gobierno (García Villegas y Revelo, 2009). Al mismo tiempo, la reelección también dio lugar a un proceso de concentración vertical del poder consistente en la captura por parte de la Presidencia de las instancias centrales de planeación, de los programas de asistencia social y de las administraciones municipales (García Villegas y Vargas, 2009).

Sin embargo, la Corte Constitucional dio muestras de haber mantenido su independencia al declarar la inexecutable de la Ley 1354 de 2009, tranquilizando a quienes temían que la influencia del Presidente Uribe se haría sentir sobre

esta institución³². En sentencia C-141 de 2010, la Corte declaró la inexecutable de la ley de convocatoria al referendo por vicios de procedimiento. Según la Corte, las irregularidades encontradas en la financiación de la campaña de iniciativa ciudadana llevaron a la inconstitucionalidad del proceso legislativo en su totalidad, pues consideró que esta etapa previa era también parte de dicho proceso.

Moviéndose a una segunda etapa de su análisis la Corte encontró innumerables vicios de procedimiento, entre los cuales se encontraban el haber dado comienzo a los debates sobre la iniciativa ciudadana sin haberse presentado previamente la certificación del Registrador Nacional exigida por ley para estos casos, la improcedencia de la modificación sustancial del texto presentado por la iniciativa ciudadana por parte del Congreso, y el desconocimiento del sistema de bancadas por parte de algunos miembros de Cambio Radical, entre otros. La Corte pudo detenerse aquí pues la abundancia de vicios de procedimiento era suficiente para declarar la ley inexecutable. De cualquier forma, decidió proseguir con el análisis referente a los posibles vicios de competencia relativos a la intención del Congreso y de los promotores del referendo de enmendar la Constitución para permitir la segunda reelección. Una vez más la Corte se pronunciaría sobre la tesis de la sustitución de la Constitución, pero esta vez aportando una nueva causal para la inexecutable del proyecto de reforma.

En esta ocasión la Corte entendió que una segunda reelección inmediata implicaba una sustitución de la Constitución para la cual el Congreso

ni la ciudadanía a través de referendo tenían facultades, dada su condición de instancias constituidas sobre las cuales recae únicamente un poder limitado de reforma. Una segunda reelección generaría una distorsión tan severa del orden constitucional establecido por el constituyente primario que sería imposible reconocer sus rasgos esenciales después de la reforma. En este sentido, la Corte mantuvo la distinción establecida en el 2005 entre los rasgos esenciales y variables del régimen presidencial, pero entendió que una segunda reelección se desviaba tanto de este tipo de régimen que se corría el riesgo de caer en el presidencialismo: una concentración excesiva del poder en manos del ejecutivo.

En esta nueva sentencia la Corte entró a hacer un análisis detallado de los efectos de la primera reelección sobre el entramado institucional del país. Su análisis fue bastante similar al sugerido arriba, mostrando la forma en la que el Presidente de la República habría reducido el nivel de independencia de algunos organismos de control y extendido su influencia sobre otras ramas del poder público como el Congreso y las Cortes. Para la Corte, la magnitud de la concentración del poder en manos del ejecutivo después de la primera reelección fue leve, aunque evidente. Pero con una segunda reelección esta tendencia aumentaría considerablemente:

«Nótese, entonces, como la primera reelección desencadena una serie de efectos en la composición del Legislativo, de los organismos de control y del poder judicial, los cuales se verían agravados con una segunda reelección que terminaría por reforzar las posibilidades del jefe de Estado de influir en la configuración de las restantes ramas del poder público y de los organismos autónomos e independientes. Este escenario se aparta por completo del sistema de frenos y contrapesos y de controles interorgánicos ideados por el

32 Para un ejemplo de este tipo de temores, ver Rubiano (2009, pp. 135-136). La Corte Constitucional, por el contrario, ha sido excepcional en desarrollar una dinámica institucional propia que hace difícil, incluso para los magistrados que han sido ternados por el Presidente Uribe, tomar decisiones que minen la independencia de la institución. Al respecto, ver Uprimny y García Villegas (2004).



Constituyente de 1991 de manera tal que configura una sustitución a la Constitución.»

En esta decisión la Corte continúa con su análisis de lo que implica un sistema presidencial. Siguiendo una vez más a la doctrina autorizada y el paradigmático modelo de los Estados Unidos, la Corte concluyó que permitir a una misma persona permanecer en la Presidencia por más de ocho años es incompatible con el mantenimiento de principios constitucionales tan importantes como la separación de poderes y la alternación en el poder. Después de ocho años el poder del Presidente se incrementa a tal punto que se hace muy difícil mantener la independencia del Congreso y demás organismos de control, así como garantizar la igualdad de condiciones en la carrera electoral hacia el cargo político más importante del país.

La Corte advirtió que la Ley 1354 de 2009 no venía acompañada de ninguna reforma que permitiera acomodar el entramado constitucional del país a la eventualidad de una segunda reelección. Al mismo tiempo descartó la utilidad de la Ley de Garantías existente al considerar que ésta había sido expedida para un escenario distinto que no comprendía la segunda reelección. La ausencia de estas garantías, sin embargo, no fue de gran importancia en las consideraciones de la Corte:

«[...] incluso en el supuesto de que se estableciera un completo andamiaje regulatorio que procurara garantizar la igualdad entre los aspirantes que se enfrentan al Presidente que se postula a una segunda reelección, persistiría el desequilibrio, precisamente porque después de ocho años en el ejercicio del poder éste goza de un reconocimiento particular por parte del electorado que mengua sustancialmente las posibilidades de los restantes candidatos.»

Tenemos entonces que no hay forma de conciliar la segunda reelección con el sistema pre-

sidencial establecido por el poder constituyente. Inevitablemente, dice la Corte, la segunda reelección conduce al presidencialismo y a la consiguiente anulación del modelo republicano y de la democracia participativa y pluralista. Por esta vía, la tesis de la sustitución de la Constitución vino a reforzar la inconstitucionalidad de la ley bajo estudio y a poner fin, por ahora, a un debate sobre diseño institucional que ha monopolizado la atención de los colombianos durante los últimos años.

CONSIDERACIONES FINALES

Si algo queda claro después de este breve recuento histórico es que son las preocupaciones de corto plazo derivadas de la competencia electoral las que suelen determinar la dirección del cambio institucional relativo a la reelección presidencial. En el debate político sobre la figura de la reelección, los argumentos de largo plazo tendientes a responder a los problemas estructurales del sistema político de un país como Colombia difícilmente reciben un tratamiento prioritario, aunque siempre se hacen presentes con la intención de disimular lo que en realidad motiva el debate: cambios coyunturales que hacen atractivo el camino de la reforma constitucional para redistribuir el poder político de una forma u otra.

Al repasar nuestra historia constitucional se hace evidente un escenario en el cual las preocupaciones de tipo estructural pueden tomar un lugar central en el debate sobre la figura de la reelección presidencial. Este escenario apunta a situaciones coyunturales excepcionales en las cuales las fuerzas políticas se ven inclinadas a la cooperación y por lo tanto contribuyen a atenuar la primacía que los intereses particulares tiende a recibir en el juego político. Como ejemplo de este escenario tenemos el debate que tuvo lugar en la Asamblea Constituyente. Allí ninguna fuerza política estuvo en condiciones de imponer sus

preferencias institucionales. Dada la situación de incertidumbre electoral que imperaba en el momento se hizo posible la coincidencia entre la satisfacción de los intereses particulares de cada partido y la adecuada consideración de los problemas estructurales del sistema político colombiano. Independientemente de los que se pueda pensar del principio de la no reelección, su adopción por la Asamblea Constituyente estuvo en gran parte motivada por los problemas estructurales que dieron pie a un momento de cambio constitucional de gran envergadura: la necesidad de disminuir la concentración del poder alrededor de la Presidencia, revitalizar al Congreso y los partidos políticos, y atacar la causas directas del clientelismo.

A pesar del carácter excepcional de este momento político, también es claro que las reformas impulsadas por la Asamblea Constituyente fracasaron en estos tres frentes. La prohibición de la reelección no impidió que la emergencia de un líder carismático fuera suficiente para cambiar las reglas de juego. Los niveles de popularidad del expresidente Uribe le permitieron acelerar la crisis de los partidos y hacer evidente la debilidad del Congreso como instancia de control político, lo cual facilitó una concentración de poder en manos del Ejecutivo sin precedentes en la historia reciente del país. Sin partidos políticos fuertes e independientes cualquier intento de responder a los riesgos del sistema presidencial a través del diseño institucional parece condenado al fracaso.

A la debilidad del Congreso y de los partidos políticos debemos sumar la carencia de una cultura política en la que principios de corte republicano como la separación de poderes y la alternancia en el poder sean tomados en serio. A partir del Acto Legislativo 02 de 2004, la clase política del país comenzó a marcar distancia con una tradición marcada en la que la figura del

Jefe de Estado traía consigo una mayor dignidad. Como bien se dijo anteriormente, ningún Presidente a lo largo del siglo pasado se atrevió a sugerir cambios constitucionales en nombre propio. Esta es una regla sana que facilita la consideración de problemas estructurales que son difíciles de resolver cuando lo que motiva la reforma constitucional son los intereses inmediatos del Presidente de la República y de un sector de la clase política para el cual la continuidad indefinida del Presidente en el cargo se justifica bajo la lógica del clientelismo.

Sin embargo, la crisis de los partidos políticos y la ausencia de una cultura política arraigada en los principios republicanos pueden verse compensadas por una Corte Constitucional fuerte e independiente dada a la tarea de evitar la concentración de poder y salvaguardar la vigencia de estos principios en la práctica política. Sin lugar a dudas, la Corte Constitucional fue protagonista a lo largo de este debate sobre la reelección presidencial. Esta Corte responde a incentivos institucionales distintos a los que motivan al Congreso, por lo cual ha logrado consolidar su independencia frente al Ejecutivo. A través de sus sentencias la Corte ha fijado límites claros al ejercicio del poder presidencial y establecido unas pautas elementales que deberán ser tenidas en cuenta en futuros proyectos de reforma institucional.

En la sentencia C-141 de 2010 la Corte parece haber dado un giro a su doctrina sobre los rasgos esenciales y variables del régimen presidencial, haciéndola más estricta. Al declarar la inconstitucionalidad de la segunda reelección, aún en el caso de estar acompañada de un nuevo “andamiaje regulatorio”, la Corte modifica lo dicho en la sentencia C-1040 de 2005. La reelección fue entendida en un principio como un rasgo variable del régimen presidencial. Y aunque la Corte advirtió en aquella ocasión que una segunda re-



elección sería inconstitucional, esta advertencia no estaba claramente integrada a la doctrina de los rasgos esenciales y variables. La sentencia del 2010 establece con mayor claridad esta doctrina. De ahora en adelante, la imposibilidad de una segunda reelección deberá entenderse como un rasgo esencial del régimen presidencial. Esto es algo que la Corte parece haber tomado de la experiencia de otras democracias que se consideran estables y que deberá ser tenido en cuenta en futuros debates sobre ingeniería constitucional en los que se busque modificar nuevamente la figura de la reelección.

Por otro lado, la Corte ha sentado un precedente importante que posiblemente contribuirá a evitar que futuros presidentes se olviden de su doble condición de jefes de Estado y jefes de gobierno. Al establecer que la Ley 1354 de 2009 "vulnera de manera clara el principio de generalidad de las reformas constitucionales y el principio de igualdad al contemplar un trato privilegiado que beneficia de manera específica a un ciudadano en particular", se cierra la puerta a futuros proyectos de enmienda constitucional que, como en el caso del Presidente Uribe, son redactados con nombre propio y comprometen la idea de una democracia pluralista. Esta advertencia también debe ser tenida en cuenta por aquellos sectores de la clase política y la sociedad civil que invierten su futuro en la continuidad indefinida de un Presidente determinado. Con algo de suerte, la formalización de lo que en el pasado era una norma implícita en nuestra cultura política republicana contribuirá al fortalecimiento de los partidos políticos, creando incentivos para el fortalecimiento de sus bases y programas y así estar en condiciones de competir por el poder independientemente del eventual patrocinio de un líder carismático.

Por el momento, el análisis hecho por la Corte en su última sentencia hace evidente la urgen-

cia de un proyecto de reforma a la Constitución que responda a los problemas institucionales generados por la introducción de la figura de la reelección presidencial. Como se vio, esta reforma no vino acompañada de los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio institucional existente antes del 2004. Esta reforma debe apuntar a evitar el riesgo de que un Presidente reelegido logre cooptar los organismos de control a través del ejercicio de sus poderes de nominación.

Sin embargo, el debate alrededor de la reforma institucional debe darse con mayor atención al largo plazo. Vale la pena considerar hasta qué punto la figura de la reelección con intermisión puede llegar a ser más favorable a la estabilidad institucional de un régimen presidencial. Una perspectiva histórica debería, por lo menos, llevarnos a no descartarla de entrada. Recientemente, el Polo Democrático presentó ante el Congreso un proyecto de reforma dirigido a restablecer el principio de la no reelección. Para este partido, tanto la reelección inmediata como la reelección con intermisión son inconvenientes para el país, por lo cual se propone volver al diseño institucional establecido por la Asamblea Constituyente como la única alternativa posible para restaurar el equilibrio de los poderes públicos (Semana 2011). Pero dada la existente configuración de las fuerzas políticas en el Congreso, el cual se encuentra controlado por la coalición de gobierno, este proyecto de reforma está condenado a hundirse.

De cualquier forma, otras alternativas existen. No se debe cerrar la puerta a las propuestas dirigidas a introducir un régimen semiparlamentario en el país sólo por temor a alejarnos de nuestra larga tradición presidencialista³³. Como bien lo dice la Corte, el debate sobre el diseño

33 Para una propuesta de este tipo, ver García Villegas, Uprimny y Revelo (2009).

institucional más conveniente para el país debe permanecer abierto, siempre y cuando nos embarquemos en él con buenas razones y haciendo un esfuerzo sincero por aprender de nuestra experiencia reciente. En cualquier escenario, la crisis de los partidos y sus consecuencias evidentes sobre la cultura política del país deberán recibir atención prioritaria. Con reelección o sin reelección, el régimen presidencial tiende a la concentración de poder y acude al clientelismo donde sea que encuentre partidos débiles. Por su parte, la posibilidad de evitar la concentración de poder en manos del Ejecutivo mediante la adopción de un régimen político tendiente al parlamentarismo puede crear más problemas de los que pretende solucionar. Esta alternativa requiere la existencia previa de partidos políticos fuertes e independientes si ha de ser funcional. Así, lo más conveniente es construir sobre lo que hoy existe y avanzar progresivamente hacia una cultura democrática con mayor arraigo en nuestra clase política. En este sentido, la Corte Constitucional ha jugado un papel ejemplar estableciendo los límites dentro de los cuales se hace posible recurrir al cambio constitucional sin traicionar los deseos de avanzar en la consolidación de una democracia más estable y pluralista.

REFERENCIAS

Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México: FCE.

Ackerman, B. (2010). *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press.

Archer, R. y Shugart, M. (1997). The Unrealized Potential of Presidential Dominance in Colombia. En Mainwaring, S. and Shugart, M. (eds.) *Presidentialism and Democracy in Latin America* (pp. 110-159). New York: Cambridge University Press.

Barreto, A. (2011a). *Venturas y desventuras de la Regeneración*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Barreto, A. (2011b). *La generación del Estado de Sitio. El juicio a la anomalía institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Castro, J. (2005). *Postdata a la reelección*. Bogotá: Fundación Foro Nacional para Colombia.

Coronell, D. (2008, abril 5). La historia no contada. *Revista Semana*. Recuperado en <http://www.semana.com/opinion/historia-no-contada/110739-3.aspx>.

El Espectador. (2008, diciembre 6). El Estado es el Presidente Uribe. Recuperado en <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articuloimpreso96757-el-estado-el-presidente-uribe>.

El Espectador. (2009, mayo 11). Gaviria, Lucho y Vargas Lleras abren paso a acuerdo anti-reelección. Recuperado en <http://www.elespectador.com/articulo140337-gaviria-lucho-y-vargas-lleras-abren-paso-acuerdo-anti-reeleccion>.

García Villegas, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008). En Gar-



cía Villegas, M. y Revelo, J. (eds.) *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-83). Bogotá: DeJusticia.

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

García Villegas, M., Uprimny, R., Revelo, J. (2009). ¿Cómo restaurar los equilibrios perdidos? En García Villegas, M. y Revelo, J. (eds.) *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 372-409). Bogotá: DeJusticia.

García Villegas, M. y Vargas, C. (2009). El proceso de concentración en su dimensión vertical, en García Villegas, M. y Revelo, J. (eds.) *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 314-327). Bogotá: DeJusticia.

Linz, J. (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? En Linz, J. y Valenzuela, A. (eds.) *The Failure of Presidential Democracy* (pp. 3-88). Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press.

Montero, D. (2011, abril 29). Luis Guillermo Giraldo, el multado del referendo. *La silla vacía*. Recuperado en <http://www.lasillavacia.com/historia/luis-guillermo-giraldo-el-multado-del-referendo-23573>.

Moreno Ortiz, L. (2008). La moción de censura en Colombia: Historia de una heterodoxia. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, No. 12, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Negretto, G. (2012). *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. En prensa: Cambridge University Press.

Posada Carbó, E. (2004, febrero 6). Reelección e inestabilidad. *El Tiempo*. Recuperado en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1517354>.

Revista Semana. (2011, octubre 3). El Polo contra la Reelección: ¿Batalla perdida? Recuperado en <http://www.semana.com/politica/polo-contra-reeleccion-batalla-perdida/165209-3.aspx>

Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M. y Revelo, J. (eds.) *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 84-145). Bogotá: DeJusticia.

Uprimny, R. y García Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En Santos, B. y García Villegas, M. (eds.) *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-514). Bogotá: Norma.

Valencia Villa, H. (1987). *Cartas de Batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: IEPRI.

Vázquez Carrizosa, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Dobry.





• APÉNDICE •

La Constitución pendiente y la Constitución del futuro

La gran mayoría de los autores que han participado en esta publicación accedieron a plantear su opinión personal acerca de dos puntos. El primero, tiene que ver con la identificación de aquellos aspectos de la Constitución que, dentro del tema que cada uno de ellos abordó, presentan algún tipo de falencia, sea porque no hayan sido desarrollados o porque puedan serlo de una mejor manera. Lo hemos denominado la Constitución pendiente porque a partir del texto vigente reflejan aspectos que pueden implementarse, cambiar o mejorar. El segundo, en una especie de libro blanco, pretende reconocer, a partir de la experiencia acumulada, aquellos aspectos que deberían cambiarse en el texto constitucional para mejorar el actual estado de cosas. Lo hemos llamado la Constitución del futuro, pues recoge aspectos que se espera sean tenidos en cuenta al momento de emprender la aventura de modificar el actual orden constitucional.

A continuación se presentan sus apreciaciones, algunas de las cuales fueron expresadas con mayor detalle en sus respectivas exposiciones.

LA CONSTITUCIÓN PENDIENTE

PAZ Y VÍCTIMAS (ACOSTA, AMAYA)

La Constitución Política de 1991 fue pensada por sus gestores como un tratado de paz (C-370 de 2006), como reacción a la situación de violencia de los años ochenta en nuestro país. Sin embargo, en la práctica existe una evidente dicotomía entre el avance en términos normativos y de diseño institucional en materia de protección de los derechos humanos –por ejemplo a través de la figura del bloque de constitucionalidad–, y la dramática situación de miles de víctimas de la violencia en nuestro país. Por tanto, la tarea más urgente de la sociedad es lograr que la Constitución sea una herramienta efectiva para la materialización de esa paz que la sociedad colombiana anhela.

Aunque el bloque de constitucionalidad es sin duda uno de los desarrollos más importantes de la Constitución Política de 1991 y que esta figura ha sido objeto de extensos análisis por parte de

la Corte Constitucional y la academia con el fin de fijar su alcance y límites, lo cierto es que, especialmente las decisiones no vinculantes de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de la aplicación de los instrumentos internacionales, en ocasiones son utilizados por las cortes nacionales como parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, sin una adecuada explicación de porqué son aplicables o vinculantes para los casos en concreto.

Por ejemplo, algunas sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han utilizado la figura del bloque de constitucionalidad para determinar estándares internacionales respecto del tratamiento que debe darse a las graves y masivas violaciones a los derechos humanos en Colombia. Estas decisiones judiciales no se han detenido en el análisis de por qué cada uno de esos instrumentos o decisiones internacionales -muchas en principio no vinculantes a Colombia- podrían ser aplicables a nuestro país y sí, particularmente para el logro de una paz estable y duradera, podría ser necesario interpretar las obligaciones internacionales a través de estándares más flexibles y adecuados a nuestro contexto.

Por lo anterior, iniciativas tales como la del proyecto de Acto Legislativo de Justicia Transicional que cursa en el Congreso resultan vitales para que la Constitución se materialice como un tratado de paz. Para el logro de la paz, se requiere que las interpretaciones sobre las obligaciones internacionales no sean maximalistas, sino que el balance entre los distintos principios que deben ponderarse permita salidas negociadas al conflicto, a la vez que la garantía de los derechos de las víctimas.

JUSTICIA (BURGOS)

El desarrollo de condiciones de seguridad a jueces y fiscales para que sus decisiones sean verdaderamente independientes y la generación de con-

diciones para una cumplida justicia (artículo 228).

Si bien el control de desempeño y disciplinario ha tenido desarrollos, aún no hay claridad sobre formas más eficaces de enfrentar el incumplimiento de los términos procesales por los operadores judiciales.

Claridad sobre el criterio de selección de las listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura para ser magistrado de la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

Los mecanismos de control sobre los magistrados de las altas cortes, enunciados implícitamente en el artículo 233 no han tenido desarrollo viable alguno.

La unificación de la jurisprudencia enunciada en el del artículo 235 está en un limbo jurídico que merece ser clarificado.

Un gran vacío es la ausencia de desarrollo legislativo en lo atinente a la jurisdicción indígena y su relación con el derecho nacional.

El régimen de carrera en la Fiscalía, enunciado en el artículo 253, si bien ha avanzado, sigue teniendo varios tropiezos relacionados con la incoherencia legal y hasta cierto punto jurisprudencial existente.

IGUALDAD (CORREA)

El contraste entre el discurso jurídico de las minorías proveniente de la Constitución y de sus desarrollos legislativo y sobre todo jurisprudencial, con los datos y estadísticas de violencia y distribución de la "pobreza" sobre tales grupos, permite sostener que en alguna medida no han sido aplicadas plenamente todas las disposiciones de la Constitución vigente que se han previsto para proteger la individualidad y la diferencia,



pero también la diversidad por razón del género, la etnia y la cultura, la edad, la discapacidad, la orientación sexual o la identidad sexual diversa, etcétera, además de otras manifestaciones de elección personal.

Porque aunque existen normas válidas sobre prohibiciones, sanciones, penas, derechos, prestaciones y se imparten órdenes generales y específicas para garantizar los derechos de libertad, de igualdad o de discriminación positiva previstos para las minorías, no se ha logrado una verdadera protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (artículo 7), no existe igualdad de oportunidades y derechos (materiales) entre hombre y mujer (artículo 43), no hay verdadera asistencia y protección de las personas de la tercera edad, especialmente cuando son pobres o indigentes (artículo 46) y las personas con discapacidad no han sido rehabilitadas e integradas socialmente por parte del Estado (artículo 47). En especial, para el caso de la población LGBT, es la propia sociedad, los individuos pertenecientes a grupos mayoritarios, quienes más fallan a su obligación de cumplir la Constitución (artículo 6) y los deberes constitucionales de respetar los derechos de libertad ajenos y no abusar de los propios, y de defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica (artículo 95, numerales 1 y 4).

Es decir que más allá de los logros alcanzados al introducir este lenguaje en el derecho, falta aún mucho para hacer de Colombia una nación pluralista, respetuosa, orgullosa y solidaria con la diferencia.

REFORMAS CONSTITUCIONALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (DANGOND-GIBSONE)

A lo largo de estos 20 años de vigencia de la Carta se han introducido algunas reformas a la misma, tanto a través del Congreso como por vía

de las 'interpretaciones' de la Corte Constitucional, que más que complementarla, corregirla o desarrollarla, lo que han hecho es transgredir su estructura y, por tanto, desvertebrar la posibilidad de edificar o consolidar un Estado como el propuesto originalmente en la Carta.

Reformas tales como la posibilidad de reelegir al Presidente de la República, que desarticuló el sistema de pesos y contrapesos que contemplaba la Carta Política, o las interpretaciones que sobre algunos derechos se han hecho, no se compadecen con la realidad social, económica y aun política de Colombia. Ello lleva a que en la práctica no sea viable el Estado Social de Derecho que contempla la Carta. Y es que la norma escrita puede contener el equilibrio y ser balanceada, pero muchas veces la interpretación que hacen las autoridades lleva a cometer injusticias, a hacer imposible una característica fundamental del tipo de Estado que dice ser Colombia y a tener como efecto el que se privilegie el interés de unos pocos sobre el bien común.

CULTURA CONSTITUCIONAL (ESCOBAR)

La historia constitucional colombiana ha estado enmarcada por una intencionalidad permanente de reformar la Constitución de turno o de crear una nueva; pensar que todo debe estar contenido en la Carta Política para que goce de una mayor legitimidad o eficacia, ha hecho que con el paso de los años el concepto de constitución se desdibuje y se convierta en mera legalidad.

Una vez realizado el recuento de las diferentes posturas teóricas y jurisprudenciales sobre el papel de los tribunales constitucionales en materia de control de reformas a la Carta Política, se hace evidente el cambio en los roles de los diferentes actores políticos, en donde poderes constituidos modifican sustancialmente, bien sea por mecanismos formales o informales, las

decisiones del poder constituyente, atribuyéndole carácter esencial a lo que no lo tenía y en otras ocasiones quitándoselo a las partes medulares de la Constitución.

Las constituciones como cartas de navegación determinan las decisiones políticas esenciales para el devenir y el trasegar de una sociedad que se declara democrática. La excesiva reforma muestra en un inicio que las sociedades no han logrado los acuerdos básicos en torno a su existencia y a su compromiso de vital subsistencia en libertad e igualdad. Es por ello que el pretexto para discutir procesos de inclusión no puede ser solo textos normativos, y que es necesario utilizar esos procesos para revisar los avances en torno a la cultura constitucional.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO (FIGUEROA)

Paradójicamente, el principio que da a nuestra Constitución actual su identidad es el que menos se ha desarrollado. Me refiero al Estado Social de Derecho. Desafortunadamente, el consenso generado en la Asamblea Constituyente alrededor de la responsabilidad del Estado frente al problema social súbitamente perdió su prioridad en la conciencia de la clase política colombiana. A pesar de los esfuerzos del juez constitucional y de algunos sectores de la sociedad civil por llevar a la realidad este principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, tanto el Ejecutivo como las mayorías parlamentarias se han mostrado reacias a la implementación de políticas públicas serias y de carácter estructural para dar respuesta a los problemas generados por los excesivos niveles de desigualdad social en el país. Sin embargo, esto no es algo que se pueda resolver dentro del ámbito del diseño institucional, pues las causas del problema se encuentran en la falta de voluntad política. Lo que aquí se requiere es una Constitución que refleje lo que todos en el país, pero

especialmente la clase política, estamos dispuestos a hacer.

EL CONTROL FISCAL (GALINDO)

Con miras a lograr un modelo de control más técnico y que respondiera a una administración más eficiente y adaptada a las nuevas finalidades del Estado Social de Derecho, impuso un control fiscal posterior y selectivo, el cual se desarrolla en dos momentos diferenciados que, sin embargo, se encuentran entre sí claramente vinculados, el primero de los cuales resulta necesario y obligado, mientras que el segundo tiene un carácter derivado.

El control posterior permite que, más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de eficacia, eficiencia y economía. Partiendo de esto, el control fiscal que ejerce la Contraloría “tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados”¹.

Por lo tanto, la evolución actual del control fiscal tiende hacia el acompañamiento de la gestión administrativa por medio de advertencias para compensar los defectos inherentes al control posterior, es decir, para prevenir todo detrimento patrimonial. Este esquema del control en tiempo real evita que la intervención de la Contraloría sea muy tardía, manteniendo el principio de la no coadministración, pues el control se realiza en

1 Corte Constitucional, sentencia C-167 de 1995 (MP: Fabio Monroy Díaz), expediente No. D-754.



forma posterior, pero inmediatamente se producen las acciones de las entidades públicas. Se trata de un mecanismo muy eficaz en la lucha contra la corrupción.

No obstante, según datos recientes de la Auditoría, de mil pesos que debería recuperar la CGR, sólo se están recuperando ocho, lo que demuestra que la eficacia no es tan grande como lo demostraron las cifras de la Auditoría. Sin embargo, con los ajustes que se vienen desarrollando, que está implementando la Contralora, estos resultados muy seguramente aumentarán en el futuro próximo. Máxime con las disposiciones incorporadas en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), en el que se modificaron las disposiciones del proceso de responsabilidad fiscal para hacerlo más expedito y se incorporó un procedimiento verbal.

LOS DERECHOS DE REALIZACIÓN PROGRESIVA (GARCÍA)

Diversos aspectos de la Constitución siguen sin aplicarse, a pesar de su consagración dos décadas atrás: la paz como deber de obligatorio cumplimiento y el aseguramiento de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad y la libertad. La disociación entre una Constitución garantista, incluyente e igualitaria, y una sociedad desigual, mayoritariamente pobre y con masivas violaciones de derechos, se refleja en la consagración normativa del tipo de sociedad a la que se aspira.

Dentro de las numerosas provisiones de realización progresiva, se destacan los derechos sociales, cuyo amparo en uno de los países más desiguales de la región más desigual del mundo se concibe como precondition para el goce efectivo de los derechos de libertad, conforme a la posición consolidada del intérprete autorizado de la Constitución. Debe tomarse en serio el valor normativo de la Constitución, la posibilidad de

interpretarse sistemáticamente y su catálogo de derechos, cuando se trata de solucionar problemas concretos. Sólo a partir de la protección de derechos como educación, salud, alimentación mínima, vivienda digna y trabajo, la persona podrá ejercer su real independencia y gozar así de los derechos que protegen las libertades individuales. Los derechos sociales sitúan a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer (Bobbio).

Las provisiones de realización progresiva tienen sobre todo un contenido igualitario. El igualitarismo es un presupuesto para la inclusión. El constitucionalismo ganó su legitimidad histórica como forma de organización jurídico-política, cuando reafirmó la promesa de establecer leyes iguales para todos y proteger un grado mínimo de igualdad. Gobiernos de la región han enfocado los esfuerzos institucionales en la seguridad y la persecución armada del delito. Mientras haya desigualdad el conflicto estará alimentado. La seguridad sin justicia social es efímera. Barack Obama, en su discurso de aceptación del Nobel, sostuvo que "una paz justa incluye no sólo derechos civiles y políticos, sino que tiene que abarcar la seguridad económica y las oportunidades. Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los seres humanos no tienen acceso a alimentación, agua potable, medicamentos o vivienda".

Las autoridades tienen la obligación de mejorar las situaciones de desigualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos (T-025/04). Hay que reconocer que en sociedades desiguales como las latinoamericanas, los derechos sociales deben protegerse de forma que resulte efectiva la garantía contenida

en ellos, porque de lo contrario a la gran mayoría de personas no les sería posible disfrutar tampoco de los derechos de libertad. La función de las autoridades respecto a la realización de los derechos no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, es decir, impedir que organismos del Estado maten, desaparezcán o torturen, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales (C-251/97). Déficit en la protección de estos derechos imposibilitará la realización de una democracia constitucional fundada en la garantía a la dignidad, en el respeto del principio de igualdad de oportunidades y en la realización de los derechos como fin del Estado. Conforme a Ferrajoli la garantía a los derechos sociales no es sólo un fin en sí misma, sino también un presupuesto elemental para la productividad individual y colectiva², de tal forma que se puede sostener que la inversión más productiva es en tales garantías.

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN (GIRALDO)

Los aspectos que aún siguen sin aplicar parcial o plenamente obedecen en algunos casos a la falta de voluntad política por parte de actores políticos decisores o por el constante desarrollo de reformas inacabadas o no reglamentadas. Siguen pendientes temas como:

- Del Acto Legislativo 01 de 2003, debía seguir la expedición de leyes estatutarias que reglamenten: el acceso de partidos, movimientos políticos al espectro electromagnético de la nación, umbrales, militancia única, consultas de partidos y movimientos, grupo significativos de ciudadanos, voto en blanco, voto preferente, entre otros temas.

- La aplicación del voto electrónico.
- La utilización de mecanismos como el plebiscito.
- Mayor impulso a la revocatoria de mandato y a la iniciativa popular legislativa y normativa.
- Incentivar las formas de participación no política pues de manera general son importantes, dado que van más allá de la Constitución y afectan toda la vida social.
- Fortalecimiento de los Consejos Territoriales de Planeación.

DERECHO SOCIALES (GROSSMAN)

Me centraré en un grupo de derechos en particular: los derechos sociales. Usaré este término de manera genérica para referirme al grupo más amplio de derechos económicos, sociales y culturales. La Constitución colombiana, como muchas otras constituciones que han sido reformadas recientemente en el mundo, es generosa en materia de derechos sociales. Sin embargo, no es deseable que la Constitución sea una mera expresión de deseos; ella debería servir para que los derechos sociales efectivamente sean gozados en Colombia.

Para transformar una carta de aspiraciones en una carta de derechos, es necesario articular mecanismos que, a través de las cortes, hagan posible exigir al gobierno aquello que éste no parece dispuesto a cumplir voluntariamente. Pero, en este punto, los derechos sociales nos plantean un desafío especialmente arduo, pues en muchos casos ellos enfrentan a las cortes de manera singular con el problema de la escasez de recursos y la necesidad de adoptar decisiones distributivas. Como no todos los individuos podrán obtener las prestaciones estatales necesarias para satisfacer sus necesidades, pues los recursos no alcanzan, las cortes deben identificar aquello que el gobier-

2 Ferrajoli, L (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, pp. 107-109.



no no puede dejar de brindar. Dicho de otra manera, como es inevitable que el gobierno realice distinciones y priorice algunas necesidades sobre otras, es función de las cortes establecer cuáles distinciones son válidas y cuáles no.

LA DIGNIDAD HUMANA (HERRERA Y MORA)

Finalmente cabe preguntarse si la noción de persona propuesta por la Constitución de 1991 ha sido suficientemente acogida por el ordenamiento jurídico colombiano.

Aparentemente la cuestión se podría contestar afirmativamente puesto que es evidente que a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, y en parte debido a la creación de un órgano específicamente consagrado a la defensa de la misma, el ordenamiento jurídico colombiano ha adquirido un carácter indudablemente orbitante sobre el núcleo *iusfundamental*, a la par que el derecho internacional de los derechos humanos cada vez ocupa un lugar más preeminente en la configuración del derecho interno y de las políticas públicas. Empero, la respuesta antedicha no puede ser aceptada por cuanto en el reconocimiento del carácter nuclear del elemento *iusfundamental*, e incluso de la noción de persona, parece patente que los desarrollos jurisprudenciales y legislativos recientes se distancian cada vez más de la visión humanista de la persona, la dignidad y los derechos que acogió el constituyente de 1991.

Esta conclusión, aunque radical y no exenta de pesimismo, resulta forzosa por las siguientes razones:

1. La jurisprudencia constitucional más reciente ha escindido la esencial vinculación de los conceptos de ser humano y de persona. Éste último se plantea, cada vez más, como un

constructo social, dependiente del consenso y, por lo tanto, susceptible de ser modificado jurisprudencial o legislativamente.

2. La antedicha jurisprudencia, por lo demás, se ha orientado hacia una nueva concepción de la dignidad humana en la que el “hecho biológico” cada vez tiene un menor peso. En efecto, del laudable reconocimiento de que la autonomía o la calidad de vida sean expresiones necesarias de la dignidad humana, se ha pasado a una equiparación de la dignidad con la autonomía o la calidad de vida. En este sentido, lo que antes fue consecuencia se ha convertido en fundamento y esencia. El efecto de este giro echa por tierra el carácter primario y normativo, sin excepción alguna, de la dignidad humana, particularmente de la regla según la cual todo hombre ha de ser reconocido y respetado como persona.

LA RESTRICCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: ACTITUD CONSTITUCIONAL (LANCHEROS)

La Corte Constitucional, mediante el veto de decisiones políticas emanadas del Congreso de la República, ejerce un poder constituyente no sujeto a control ni límites. Es un árbitro investido de un poder no sujeto a control con el poder efectivo para determinar qué puede reformarse de la actual Constitución y qué no. Este poder es en realidad un poder de hecho, no derivado, un poder autoatribuido, no otorgado.

¿Cómo limitar un poder ilimitado? A través de otro poder igual de ilimitado. Para poder vencer al invencible debe crearse un poder de la misma categoría o superior y es allí en donde radica el problema, pues toda reacción en contra del ejercicio del poder constituyente de la Corte terminará por afectarla a sí misma y con ella a todas aquellas bue-

nas cosas que hace en desarrollo de sus funciones. Y esto no es todo, el nuevo poder constituyente será completamente desconocido, con todo lo que ello supone, pues no sabrá qué esperarse de él.

¿Qué legitima el ejercicio de un poder ilimitado? Que el ejercicio del poder sea autorrestringido. Eso no se logra a través de ninguna disposición jurídica ni de ninguna orden, porque ellas carecen de la virtud suficiente para coartar el poder absoluto. Por ello se requiere que la Corte Constitucional limite el ejercicio de este poder lo máximo que sea posible y lo use sólo en casos muy extremos. Utilizarlo para corregir al Congreso de la República cada vez que ella cree que se equivoca puede resultar, a la larga, perjudicial para el sistema democrático y para el estado de derecho en general. En últimas, la cuestión se reduce a un tema de actitud, de actitud constitucional.

PARTICIPACIÓN Y DESPOLITIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL (LIZARAZO)

Probablemente uno de los aspectos constitucionales más deficitarios en materia política y electoral es el de la participación, principio rector y eje central de la nueva organización del modelo de Estado adoptado en la Constitución de 1991. En este sentido los mecanismos de participación siguen siendo una materia pendiente. Algunos creen que la Ley 134 de 1994, mediante la cual se reglamentaron, estableció requisitos y procedimientos extremadamente exigentes que en la práctica desestimularon o dificultaron su ejercicio.

Constituye igualmente materia pendiente la despolitización de la organización electoral. La Registraduría Nacional del Estado Civil sigue siendo, en la práctica, un ente con nómina propia de las épocas del Frente Nacional. El Consejo Nacional Electoral, por su parte, como consecuencia de la reforma de 2003, es hoy un organismo integra-

do por agentes de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica.

LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (MANTILLA)

Se considera que el principio de legalidad, entendido como la sujeción de los particulares y de los servidores a la Constitución y a la ley, en efecto ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legislativo como acaba de verse.

Tal ha sido el desarrollo del artículo 6 de la de la Constitución, que puede afirmarse que el mismo ha sido objeto de una mutación constitucional. Si se tiene en cuenta la categoría conceptual de mutación de la Constitución, según la cual ésta se produce cuando se experimenta una reforma de la finalidad con que fueron creadas las instituciones del Estado, sin que haya una alteración de la letra del texto constitucional, sino que se produzca como consecuencia del papel interpretativo que en la práctica desempeñan los parlamentos, los gobiernos y los jueces constitucionales, que van modificando la (s) norma (s) que se desprende (n) de las disposiciones constitucionales y que para su efectivo establecimiento se requiere el transcurrir del tiempo (Jellinek, 1991³ y Dau-Lin, 1998⁴), y visto como está, que en el principio de legalidad se deben incluir las sentencias de las altas cortes, la afirmación realizada deviene verdadera.

Resulta relevante destacar que la mutación constitucional del principio de legalidad, en este caso, se ha producido a favor de la eficacia de

3 Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

4 Dau-Lin H. (1998). *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.



dos principios inherentes de una Constitución: la igualdad y la seguridad jurídica.

LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL COMO MANDATARIA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (MAYORGA)

En el tema que nos ocupa, o sea el referente a la Organización Electoral, creo que debe desarrollarse la premisa fundamental de que la misma responda a los intereses de la comunidad, en el sentido de que los integrantes del Consejo Nacional Electoral no sean, como son en la actualidad, mandatarios de los partidos políticos, organizaciones a las que deben controlar, más que servir. En este sentido, habría que retomar los postulados de la Ley 89 de 1948, en donde la Organización Electoral era ajena a la influencia de los partidos.

SISTEMA POLÍTICO Y ELECTORAL, DESARROLLO REGIONAL (MOTTA)

La Constitución vigente ha sido reformada en varias oportunidades con el propósito de mejorar el sistema político y electoral. Sin embargo, no se han podido estructurar las bases para una reforma política profunda que no dependa de una coyuntura y que garantice la actividad política transparente, sin injerencia de intereses lejanos al servicio público probado y loable.

La Constitución ha tenido avances importantes en la redistribución de los recursos de los colombianos, sin embargo, los niveles de pobreza siguen siendo alarmantes y no se ha conseguido superar los bajos niveles de desarrollo económico y social del país en el contexto global. La anterior situación implica la existencia de asimetrías injustificadas en las posibilidades de ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos, afectando las similares condiciones que deben tener las perso-

nas para desarrollarse en una sociedad con igualdad de oportunidades. En este mismo sentido, el país no ha conseguido la formulación de políticas públicas que permita el desarrollo regional integral, consiguiendo un ordenamiento territorial armónico y equilibrado.

La Constitución de 1991 creó un Estado de Derecho que ha evolucionado en su construcción y realización. En especial, ha tenido un éxito importante en materia de derechos y ha servido como un límite al ejercicio del poder. Su balance es positivo. Lo anterior no implica la inexistencia de fallas o asuntos por mejorar, lo cual además es consustancial a la realización de los valores y de los principios de todo orden jurídico. La Carta Política es una norma en constante evolución y por tal razón su apreciación debe hacerse en forma dinámica impidiendo el retroceso de sus logros y la corrección de sus falencias. Así, veinte años después de su expedición, la Constitución de 1991 ha tenido muchas reformas formales y no formales —mutaciones constitucionales— de trascendencia indiscutible, lo que confirma la necesidad de continuar en la construcción del Estado de Derecho previsto en la Constitución.

EL TEXTO CONSTITUCIONAL (PADRÓN)

Considero que uno de los problemas reales en Colombia es que no nos tomamos la Constitución en serio. Debemos empezar por su cumplimiento pleno y no desconocerla ni actuar como sus enemigos, haciendo atajos para violar sus mandatos.

Los preceptos relacionados con el fortalecimiento de las organizaciones políticas han sido objeto de recientes reformas. Han sido pocas elecciones las que han transcurrido bajo el manto de la reforma de 2003 (dos para Congreso de la República y tres para entidades territoriales) y la del 2009 (sólo un proceso ha sido utilizado para

elecciones Congreso 2010-2014 y para las entidades territoriales elegidas en 2011).

Como lo hemos anotado en el artículo, podemos hablar de efectos de la reforma de 2003 en la reducción del número de organizaciones políticas; el umbral y la lista única han contribuido a una reagrupación de organizaciones. Pero debemos dar un tiempo para ver los efectos en las organizaciones políticas, sino en lo que tiene que ver con el funcionamiento y la organización de las corporaciones de elección popular.

Sin el ánimo de ser exhaustivos podemos mencionar algunos aspectos que están pendientes de ser aplicados, o mejor, a la espera de configuración legislativa, como:

- Regulación del alcance del pluralismo político en nuestro ordenamiento. Es necesario reglamentar la función de disolución y liquidación de organizaciones políticas que tiene asignado el Consejo Nacional Electoral.
- Estatutos de oposición.
- Las organizaciones políticas como eje de la actuación de las cámaras en el desarrollo de la función legislativa y de control político. Reforma a los reglamentos de las Cámaras. Fortalecimiento a la labor del Congreso.
- Revisar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas.
- Conciliar principios liberales con los principios democráticos. El mandato parlamentario. Alcances y efectos de las bancadas: cuáles son los efectos de violación.
- Regulación legal de las reglas constitucionales sobre sistema electoral y sistema de partidos establecidos en los actos legislativos 2003 y 2009. En veinte años no se ha hecho

la configuración legislativa de las reglas sobre sistema electoral y sobre partidos políticos.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MÁS ALLÁ DE LA ACCIÓN DE TUTELA (PALACIOS)

Al ser un escrito de reflexión sobre la realidad apreciada desde diferentes perspectivas de aproximación, las ideas presentadas resultan conclusiones en los diferentes aspectos abordados.

Baste ahora expresar dos ideas que quedan latentes luego de las reflexiones anotadas.

La primera es que la práctica seguirá aportando las situaciones que sirvan como insumo para la reflexión acerca del concepto de derechos fundamentales, su adaptabilidad o no y, sobre todo, lo adecuado del sistema de protección ideado para su salvaguarda. De manera que la 'fotografía' que se pueda presentar en un momento, no necesariamente responderá a la realidad que se viva en un futuro cercano. Esto que resulta una verdad de perogrullo cuando se hace referencia a fenómenos sociojurídicos, cobra especial valor al evaluar uno que, en mi opinión, cuenta con la realidad a la que se aplica como elemento definitorio de su esencia dentro del sistema jurídico.

Los derechos fundamentales en un sistema como el descrito serán un elemento con una esencia dinámica, que, más que un fenómeno de simple adaptación a una realidad cambiante, constituye uno de los poquísimos casos —si no es que el único— en que un elemento del sistema jurídico es construido por la realidad, siendo los elementos teóricos simples formas de presentación lógica de soluciones fundamentadas en criterios de justicia política, aplicables a personas de carne y hueso a las que les deben ser respetadas garantías esenciales a su dignidad humana.



Esta situación no inspira cosa diferente a una leve esperanza de que, algún día, después de muchas, pero que muchas situaciones de la realidad evaluadas por la jurisdicción de tutela, se tenga un cúmulo de respuestas que hayan generado un mosaico, que visto en perspectiva, permita apreciar un aporte eficaz en el largo camino hacia la protección efectiva de los derechos fundamentales para las personas que se encuentran en el territorio colombiano.

La segunda es que, ante el panorama descrito, no queda otro camino al autor que reconocer la mutación que se presenta en el sistema colombiano de garantías *iusfundamentales*: el paso de considerar la acción de tutela un mecanismo subsidiario, a ser la herramienta principal en la protección de los derechos fundamentales.

Aunque los criterios de procedibilidad de cada acción de tutela obligan a comprobar que no exista otra forma de protección del derecho invocado o que, de existir, ésta no sea idónea o eficaz en el caso concreto, el gran y creciente número de tutelas interpuestas deja percibir el protagonismo que esta acción ha adquirido a lo largo de estos veinte años en la protección de los derechos fundamentales.

Varias ideas podrían extraerse de esta situación, pero, sobre todo, i) el acierto que el constituyente tuvo al crear un mecanismo de solución expedita y eficaz para las situaciones que involucren afectación a la dignidad humana; ii) el cambio que esto puede implicar en la dinámica y relaciones de los poderes políticos; ii) y, finalmente, la urgente necesidad de serios correctivos en el actuar de la administración pública, para evitar que el mecanismo de corrección se convierta en la punta de lanza de la política pública de garantías *iusfundamentales* es el Estado colombiano.

En este sentido, los beneficios hasta ahora recibidos por la implementación de la acción de

tutela, no deben hacernos olvidar el fin que tiene una acción judicial en la protección de derechos fundamentales y, cómo no, la reducida dimensión que ésta (la acción de tutela) debería tener en un Estado con un sistema que garantice de forma eficiente la protección de derechos fundamentales.

EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (PARRA)

La Constitución de 1991 propugnó por un complejo equilibrio entre la libertad económica y las garantías del Estado Social de Derecho. Sin embargo, los datos oficiales indican que el nivel de pobreza e inequidad en Colombia se encuentra entre los más altos de Latinoamérica. Según datos del DANE, el coeficiente Gini de Colombia en 2008 habría llegado a 0,59, uno de los más altos del mundo, es decir, la pobreza aumentó a pesar de que se incrementó el gasto público. Las desigualdades entre las regiones, por género, entre otras formas de exclusión e inequidad, siguen siendo fuertes y afectando con mayor impacto a los grupos de especial protección constitucional. Por otra parte, el aumento en la economía informal ha generado un nivel importante de precarización en las garantías laborales y el ejercicio de los derechos sindicales. Según datos de la Procuraduría General de la Nación, el 63% de los trabajadores en Colombia cuentan con empleos de baja calidad que reproducen altos niveles de inequidad y desigualdad.

Además de lo anterior, un ejemplo relevante sobre los aspectos más problemáticos de la Constitución pendiente lo constituye la crisis del sistema de salud. A pesar de recientes intentos de reforma, el alto nivel de corrupción y los abusos en la intermediación financiera, han generado enormes problemas en el acceso, la calidad del servicio y la disponibilidad de la red pública hospitalaria, con impactos aún más agravados en las zonas rurales más pobres. La mayor parte del

presupuesto de salud se ha invertido en el sistema de seguro individual, a expensas de la promoción de la salud pública y de los programas públicos de prevención.

Por otro lado, el aumento de la industria extractiva, sin mayores límites, ha generado un importante nivel de despojo de los bienes naturales y de afectación irreversible al derecho al agua y al derecho al medio ambiente, entre otras afectaciones al derecho a la tierra de los campesinos, indígenas o afrodescendientes. La falta de autonomía y seguridad alimentaria es una constante, particularmente en zonas de alto interés para las empresas transnacionales.

La Constitución pendiente es aquella realidad que no ha podido ser modificada ni transformada por las normas y jurisprudencia constitucional, a pesar de la clara opción del Estado Social de Derecho por los principios de igualdad, equidad, dignidad humana y prioridad del gasto público social.

EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL (POMBO)

La Constitución de 1991 tuvo enormes aciertos políticos e históricos, no así jurídicos. Debido a que no se le ocurrió mirar por fuera de sus fronteras y dejar sentadas las bases del ordenamiento territorial de una vez y para la próxima centuria, me refiero a la posible constitución de un estado “protonacional” y “glocalizado”, por ejemplo, de un estado latinoamericano.

A duras penas se limitó a mirar ‘hacia adentro’, hacia la conformación, escisión, fusión, asociación, etcétera, de las entidades territoriales tipo (municipios, departamentos y nación), pero ninguna propuesta apuntalaba a crear un estado que construyera su andamiaje territorial bajo la lupa de una ‘comunidad imaginada’, superior a él, que la rebasase y complementase, que la superara en

alcance y contenido y que le sirviera de apalancamiento a los estados miembros dentro de una nueva realidad mundial.

Además de no existir actualmente una Teoría de la Capitalidad que subyace a la Constitución Política de 1991. Inexplicablemente se continúa con Bogotá como centro del poder político cuando las exigencias de un Estado cada vez más urbanizado como el nuestro (Rojas) requieren soluciones de fondo a esta problemática. Ya de por sí existe una desmesurada concentración y centralización del poder económico en Bogotá, como para seguir perpetuando la concentración y centralización de su poder político.

Por otro lado no contamos con un verdadero estatuto territorial; seguimos enfrascados en discusiones bizantinas sobre la posibilidad y bondad de crear la Región Caribe; no hemos podido establecer ni mucho menos consolidar ciudades-región (Pombo y otros) y el caos territorial reflejado en diversidad de normas, en duplicidad de funciones y competencias de las autoridades territoriales, es el banquete de todos los días.

LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (PULIDO)

Según el principio democrático, la fuerza de la ley depende de la legitimidad del proceso legislativo. Es así como dentro de una concepción deliberativa de la democracia (la cual, como la propia Corte Constitucional ha reconocido, es la que define la Constitución colombiana) la calidad del debate, la participación de los potencialmente afectados y las garantías de participación a las minorías, resultan ser elementos de los cuales depende la fuerza de la ley. En este orden de ideas, si el juez constitucional encuentra que el procedimiento democrático no reúne las condiciones



epistémicas que fortalecen la ley, tiene más razones para declarar la inconstitucionalidad de la misma. Por el contrario, si la ley se forma dentro de un proceso democrático deliberativo, el juez constitucional se va a enfrentar con problemas de legitimidad para invalidarla. En la introducción de este trabajo se explicó que en el control constitucional en Colombia, se distinguen dos escenarios: (i) la revisión de la formación de las leyes o actos reformativos de la constitución y (ii) la revisión del contenido de aquellos. Así mismo, se dijo que la configuración de esos escenarios depende en alta medida de la configuración que le dé la propia Corte Constitucional, particularmente por el carácter inevitable de la interpretación constitucional y el valor de precedente de sus decisiones.

De lo anterior, surge una paradoja descuidada por los estudios jurídicopolíticos: si la Corte Constitucional fortalece el primer escenario va a perder legitimidad para configurar el segundo. Por el contrario, si el primer escenario es débil en término de legitimidad democrática, la Corte Constitucional va a encontrar mayores argumentos para configurar el segundo escenario. Así, el diseño institucional del control constitucional en Colombia favorece una interpretación restrictiva de la democracia, toda vez que es natural que una institución prefiera decidir cuestiones sustanciales a ser el 'árbitro' de un proceso de decisiones. En otras palabras, la institución del control constitucional en Colombia fomenta un activismo judicial para el control constitucional del contenido de las leyes y un rol pasivo en torno al control constitucional del procedimiento legislativo. De esta manera, estudios como los de Rodríguez (2005) deben ser revisados. Justificar el control constitucional de las leyes en el carácter 'ilegítimo' del Congreso y en el carácter deliberativo de la acción pública de inconstitucionalidad, alimenta la paradoja planteada en el sentido de que el juez constitucional no va a tener suficientes motivos para fortalecer el procedimiento democrático sin perder legiti-

dad para declarar la inexecutable de las leyes por razón de su contenido.

EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD (SANDOVAL)

Con relación a los asuntos vigentes de la Constitución Ecológica, sería preciso afirmar que prácticamente todos sus aspectos siguen sin ser plenamente aplicados, sin querer con ello decir que ésta haya fracasado o incumplido sus objetivos. La Constitución planteó, desde la perspectiva normativa, un cambio de modelo trascendental en la relación hombre-naturaleza que tiene el potencial de alterar los pilares sociales y económicos de la sociedad colombiana. Se configura así un nuevo modelo de sociedad y se entrega la potestad al Estado para implementar estrategias y políticas para conseguir dicho objetivo general, incluyendo la planificación de los recursos naturales y la intervención en la economía.

En dicho sentido, resulta viable afirmar que un pleno logro del *desarrollo sostenible* es una tarea aún pendiente, pero se considera que el Estado colombiano está en marcha y que el modelo se profundizará a futuro bajo los mismos pilares establecidos en la Constitución del 91.

Ahora bien, resulta importante reconocer que algunos aspectos han tenido un menor desarrollo que otros. Por ejemplo, se debe señalar el escaso desarrollo del *principio de la función ecológica de la propiedad*, lo cual se explica en razón a la trascendencia de sus implicaciones, justamente en uno de los ejes fundamentales del modelo liberal democrático contemporáneo: la propiedad privada.

Otro aspecto en cual el Estado se ha mostrado bastante tímido es preciso el de la potestad de intervenir en la economía con fines de preservación ambiental. En virtud a las disposiciones constitu-

cionales ha resultado posible expedir importantes normas regulatorias en aspectos como estándares de calidad, licencias y tasas ambientales. Sin embargo, dado el amplio margen que brindó la Constitución, es totalmente viable afirmar que el Estado está en capacidad de reforzar sus acciones en la materia, a fin de garantizar un uso eficiente de los recursos naturales.

LA VIGENCIA EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (SUELT)

La materialización de los derechos fundamentales de los habitantes en Colombia sigue siendo un tema que no se aplica plenamente. La figura del Estado de cosas de inconstitucionalidad permite evidenciar que los derechos de poblaciones vulnerables siguen siendo vulnerados y no son atendidos con la debida eficiencia y eficacia por parte del Estado. La presencia de fallas estructurales del Estado que conducen a la vulneración masiva de derechos esenciales y a la necesidad del uso de la acción de tutela, pone de presente las fallas en la materialización de esos derechos. El gran reto que tiene el Estado colombiano es conseguir su legitimación a partir del respeto y la garantía de los derechos fundamentales de la población que ha sido víctima del conflicto armado en su calidad de víctima y de población que requiere una atención prioritaria.

EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA Y LA SUPERACIÓN DEL CAUDILLISMO Y EL HIPERPRESIDENCIALISMO (UPRIMNY)

La Constitución de 1991 logró consolidar una importante protección judicial de los derechos fundamentales pero no logró avanzar significativamente en la innovación y la profundización democráticas. En cierta forma hoy tenemos en Colombia un neoconstitucionalismo fuerte pero una democracia débil.

Algunos dirán que esta situación problemática deriva de que la apuesta de la Constitución de 1991 es intrínsecamente contradictoria, ya que no se puede tener al mismo tiempo un constitucionalismo fuerte y una democracia fuerte, por lo que uno debería optar por alguno de esos extremos. Pero no creo que esa sea la respuesta. Sin negar las tensiones, es posible mostrar la compatibilidad teórica entre el neoconstitucionalismo y la democracia participativa y deliberativa, como intenté hacerlo anteriormente en forma muy breve; pero además en Colombia, en muchos aspectos, la fortaleza del constitucionalismo evitó una mayor erosión de la democracia. Y cito sólo tres ejemplos: primero, el control judicial de los estados de excepción fortaleció la democracia, al menos por el siguiente indicador: el tiempo vivido por los colombianos en estados de excepción cayó de 80% en la década de los ochenta a menos de 20% a partir de la introducción de ese control judicial en la década del noventa (Uprimny, 2003). Segundo, el control constitucional de los referendos y las reformas constitucionales evitó la perpetuación en el poder de Uribe Vélez, que hubiera resquebrajado irreversiblemente el régimen democrático en Colombia. Tercero, el intenso control judicial de la política pública frente al desplazamiento, en vez de debilitar, ha acentuado la discusión y deliberación ciudadana sobre el tema, gracias al tipo de control ejercido por la Corte Constitucional que ha combinado órdenes abiertas y flexibles con una supervisión estricta (Rodríguez Garavito, 2011).

No existe entonces una incompatibilidad radical entre un constitucionalismo fuerte y una democracia fuerte. Por ello, y como creo que hay buenas razones éticas y filosóficas para defender un Estado que sea capaz tanto de amparar vigorosamente los derechos como de fundarse en una participación y una deliberación ciudadana vigorosas, me parece que hay que encontrar en otros lados las respuestas que expliquen la problemática



ca situación colombiana de combinar un neoconstitucionalismo fuerte con una democracia debilitada. Y creo que hay muchas pistas sugestivas de reflexión pero quisiera terminar mencionando sólo una que me parece que amerita un examen profundo y que ha sido resaltada insistentemente por otros colegas (Ávila, 2011; Gargarella, 2011). Tal vez sea imposible lograr democracias fuertes si no somos capaces de superar nuestro hiperpresidencialismo, pues la adopción de formas de democracia directa, como referendos o plebiscitos (para superar los déficits de la democracia puramente representativa), puede tener efectos perversos si dichas modificaciones se acompañan de un reforzamiento del poder presidencial (con el argumento de que es necesario fortalecer una voluntad unificada de cambio capaz de superar desigualdades y exclusiones). Esta combinación puede ser explosiva y negativa porque estimula formas de cesarismo democrático. Una tarea pendiente del constitucionalismo colombiano, y en general de la política latinoamericana, es superar su tendencia al caudillismo y al hiperpresidencialismo, si queremos transitar por mecanismos genuinos de democracia participativa.

LA CONSTITUCIÓN DEL FUTURO

LA MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (ACOSTA- AMAYA)

La Constitución de las próximas generaciones debe ser una herramienta para la reconciliación nacional. Esto no significa desconocer los derechos de las víctimas, sino lograr un adecuado balance entre estos derechos y los de las potenciales víctimas que exigen una sociedad sin violencia. Este anhelo reclama una sociedad comprometida con la materialización de los principios constitucionales: donde todos los colombianos aportemos para la construcción de un país incluyente,

de rechazo a la violencia y donde la reintegración sea posible a partir de la participación de todos en lo público, lo privado y lo político. La Constitución escrita en 1991 como un instrumento para la paz fue el primer paso, pero su materialización para la paz depende de todos.

AJUSTES A LA JUSTICIA (BURGOS)

- Transformación del origen político de los integrantes de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
- Participación de los miembros de la rama no relacionados con las altas cortes en la integración de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- Eliminación de los parágrafos 2 y 3 del artículo 251 de la Constitución, en cuanto afectan de manera seria la independencia de los fiscales.
- Eliminación de las facultades de designación o escogencia de funcionarios de control por parte de corporaciones judiciales.
- Reforma al mecanismo de selección del Fiscal General.
- Impedir que el Presidente de la República pueda incluir, en ternas para otros cargos, a magistrados en ejercicio de alguna de las altas cortes.

COHERENCIA ENTRE LA REALIDAD Y LA NORMAS (DANGOND)

Ante las preguntas ¿qué ajustes constitucionales introduciría? y ¿cómo debería ser la Constitución de las próximas generaciones?, valdría la pena detenerse un momento a pensar lo que es una Constitución. Para Fernando Lasalle (1984),

es la suma de los factores reales de poder a los que se les da expresión escrita plasmándolos en una hoja de papel, con lo cual se erigen en derecho y en instituciones jurídicas y políticas.

La Constitución del futuro tiene que estar caracterizada por la correspondencia entre la escrita y la real. Por ello, en el caso colombiano, para que ello sucediera, deben realizarse algunas reformas al texto actual y, sobre todo y más importante, hay que generar las condiciones que permitan el desarrollo cabal de los preceptos que aún no han podido aplicarse y desarrollarse.

Ejemplo de esto último lo encontramos al ver cuál ha sido el comportamiento de las ramas del poder público al menos en los últimos 15 años. La independencia que ganó la Rama Judicial no se ha visto reflejada en una mayor dignidad de la misma ni de sus jueces y magistrados. Esa independencia que efectivamente se ganó desde el punto de vista jurídico, ha sido mal usada en cuanto que lo que ha sucedido es un continuo “choque de trenes” por una parte entre los órganos de la misma Rama y, peor aún, una permanente injerencia en los asuntos de las demás, todo lo cual ha generado que la Rama Judicial se haya politizado, poniendo en tela de juicio, muchas veces, su imparcialidad.

Tristemente las otras dos ramas no se salvan. No han sido pocas las ocasiones en que el Ejecutivo⁵, por ejemplo, ha recurrido a prácticas deleznable para “someter” a alguna de las otras dos, o para mostrar unos resultados sobre materias que el país reclama.

5 La Rama Ejecutiva del poder público en Colombia la conforman el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos. Al Presidente le corresponde “dirigir la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las fuerzas armadas de la República”, artículo 189, literal 3, de la Constitución Política.

Por su parte la Rama Legislativa no ha aprovechado tampoco la autonomía que ganó con la Carta de 1991 respecto del Ejecutivo, por ejemplo, con la facultad de control político.

Una Constitución del futuro debería poder garantizar que las autoridades que ocupan los cargos públicos comprendan la dignidad de su cargo y de su encargo y antepongan los intereses nacionales y públicos, a los propios y particulares.

EL AJUSTE DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL (CORREA)

El recuento anterior de lo que hay y de lo que falta por aplicar, anticipa que quizás no habría normas constitucionales por cambiar. Que sólo se necesita es cumplirlas, pero insertas en políticas públicas consistentes, estructuradas, con seguimiento sobre el alcance de los derechos de prestación, las inmunidades y la autonomía atribuidos. Y que por supuesto, la jurisprudencia constitucional continúe su trabajo siempre perfectible, de tener en la igualdad, la desigualdad y la diferencia un bien jurídico especialmente valioso, como enfoque llamado a irradiar el ejercicio de la administración de justicia por parte de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa.

Es decir que lo que realmente ajustaría sería la **Constitución material**, las decisiones políticas fundamentales que animan la vida del Estado, las que imponen los grupos de presión y también las que determina la cultura de la sociedad colombiana. Allí están, no en las normas jurídicas, los verdaderos imperativos de cambio.

Que cada quien *haga lo que le toca hacer*, como me indicó Don Oscar Romualdo Román, miembro de la comunidad indígena uitoto, Araracuara, Caquetá, Colombia, 76 años de edad aprox., médico tradicional. Una tarea que según la Constitución



vigente equivaldría, simplemente, a que los legisladores actúen consultando la justicia y el bien común (art. 133) y a que el Presidente cumpla con la Constitución y se obligue a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos (art. 188). A que los jueces administren justicia con independencia, imparcialidad y prevalencia del derecho sustancial y sometimiento a la ley, al Estado constitucional de derecho (arts. 228, 229, 6º y 230). Y a que la sociedad y sus miembros cumplan con los deberes correspondientes de respeto, de solidaridad, de no interferencia y del no abuso de la posición como grupo mayoritario (art. 6º y 95).

Cambiar desde adentro, desde el espíritu, todos como responsables, para salir de la anomia más terrible de todas, la que se declara no por ausencia de normas en el orden jurídico o social, sino porque las normas existentes no vinculan, no hay creencia en ellas, no se acatan, no tienen el poder transformador del derecho. La romántica pero inevitable idea de un nuevo *pactum societatis*, que cifre el compromiso de todos con el Estado de derecho, reavive la fuerza normativa de sus preceptos sobre libertades, igualdades, competencias, obligaciones y deberes. La Constitución del futuro, para cumplir con el deber como legislador, administrador, juez, empresa, empleador, contratista, líder indígena, líder afrocolombiano, sujeto de derechos de actuar no tanto con base en el uso de prerrogativas, libertades o ausencia de controles efectivos, como en cumplimiento del deber fundamental, de contribuir a la protección de la enorme riqueza, belleza y/o fragilidad que representan la diversidad y dentro de ella las minorías. Las cartas de amor son ridículas de hacer lo que a cada uno le toca.

LA PROTECCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO (FIGUEROA)

La Constitución vigente se quedó corta como mecanismo para garantizar la voluntad del cons-

tituyente primario hacia el futuro. Con la desaparición de algunas de las fuerzas políticas que impulsaron con mayor ahínco la idea del Estado Social de Derecho, la clase política colombiana quedó libre para implementar únicamente aquellos aspectos de la Constitución que son de su agrado. Sin una coalición política con la suficiente fuerza como para mantener viva en la agenda la preocupación relativa al problema social, el texto constitucional es insuficiente. A esto contribuye el carácter programático dado a los derechos sociales y económicos, que es claramente insuficiente como una herramienta legal para contrarrestar la falta de voluntad política. La Constitución del futuro debería ser el resultado de un nuevo consenso alrededor del principio del Estado Social de Derecho, el cual deberá ser protegido por partidos políticos fuertes y comprometidos con esta idea. Pero la vía jurídica también deberá permanecer abierta de modo que todos podamos contribuir a hacerlo realidad. En esta Constitución, producto del deseo pero realizable, algunos derechos sociales y económicos, como el derecho a la salud y a la educación, perderían su carácter programático y serían una responsabilidad ineludible del gobierno. No se trata de hacer directamente justiciables todos los derechos sociales y económicos, pues existen realidades que no podemos desconocer, pero sí hay unos mínimos que con voluntad política y herramientas jurídicas apropiadas podríamos satisfacer.

LA NECESIDAD DE AJUSTAR LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL (GARCÍA)

Uno de los principales ajustes que debería realizarse a la Constitución es el relativo a sus propios procedimientos de reforma, pues los establecidos en el título XIII son débiles, comparativamente, de un lado, con el trámite de las leyes ordinarias, y de otro, con experiencias de países como Esta-

dos Unidos, Alemania y España. Se han mostrado insuficientes para impedir cambios inadecuados. La reforma se puede realizar mediante Asamblea Constituyente, el pueblo a través de referendo (mayoría simple y el número total de votantes debe superar la cuarta parte del censo electoral) y el Congreso por acto legislativo por mayoría simple (después de tramitar ocho debates en dos periodos ordinarios consecutivos). Dicho procedimiento la vuelve una Constitución, digamos, semi-rígida o incluso flexible.

Este punto del diseño constitucional de 1991 debe criticarse en la medida en que, según el criterio de reformabilidad, una Constitución debe ser rígida, es decir, debe tener altas exigencias para su propia reforma, tal como se concibió desde los textos fundacionales del constitucionalismo luego de su nacimiento en las revoluciones francesa (1789) y estadounidense (1776). La perdurabilidad y la superioridad fueron las principales características que se otorgaron a las constituciones desde su génesis. Debe ser un procedimiento particularmente distinto respecto de la complejidad del trámite legislativo ordinario. La rigidez de las constituciones es forma de propender por la garantía de su supremacía, ya que se las aleja en algún grado significativo de las coyunturas políticas y de los acuerdos entre Legislativo y Ejecutivo para aprobar reformas. En 20 años se le han realizado 31 reformas a la Constitución. Resulta más difícil, por ejemplo, aprobar una ley de amnistía que una reforma constitucional⁶.

Tener una Constitución que no es rígida porque no tiene cláusulas pétreas y por sus débiles procedimientos de reforma, implica en medida signifi-

6 El Congreso puede conceder amnistías por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de ambas cámaras (artículo 150, 17), mientras que el trámite del proyecto de A.L. debe llevarse a cabo en dos periodos ordinarios y consecutivos, se aprobará con mayoría simple, primero de los asistentes y luego de los miembros de cada Cámara.

cativa que tenemos un constitucionalismo volátil. Una de las razones que puede explicar la falta de rigidez de la Constitución es que los constituyentes quisieron que los espíritus de participación y apertura democrática también estuvieran reflejados en la posibilidad de que hubiera un acceso relativamente amplio a la configuración del texto fundamental. Antes el sistema de reforma constitucional no era rígido sino pétéreo, en la medida en que el Congreso era el único órgano que tenía la competencia para acometer procesos de reforma.

La Constitución de las próximas generaciones debe ser rígida para impedir que fuerzas políticas coyunturalmente organizadas consagren cambios al máximo nivel normativo sin la necesidad de someterlas a consenso parlamentario, debido a los procedimientos poco exigentes. Las actuales condiciones de "unidad nacional" entre el Ejecutivo y el Legislativo no sitúan en escenario improbable la organización de mayorías parlamentarias para que favorezcan cambios constitucionales sin mayor deliberación.

EL IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN (GIRALDO)

Para impulsar una mayor participación se puede pensar en formas contemporáneas de participación y desarrollo de los movimientos sociales, el significado del voto obligatorio, incrementar los incentivos positivos para la participación, constitucionalizar una mayor educación democrática, masiva y permanente para la inclusión y la participación.

Igualmente es importante comprometer la coordinación interinstitucional en lo electoral para garantizar mayor inclusión, participación y equidad.

Oros elementos y propuestas a considerar:

- Reformular los mecanismos de participación



ciudadana de tal manera que se animen vehementemente las formas de participación social y comunitaria, simplificando los instrumentos y mecanismos de participación.

- Reglamentar las veedurías y la existencia y funcionamiento de las ONG.
- Permitir referendos derogatorios sobre temas distintos a derechos y garantías.
- Ampliar el sufragio universal para militares, policías y extranjeros.
- Promover las redes sociales para impulsar la participación ciudadana.
- Impulsar el voto electrónico.
- Ajustar la elección popular de alcaldes y gobernadores de tal manera que se garanticen transparencia, legalidad y eficacia.
- Incorporar en la ley, según la Constitución, el estatuto del trabajo.

EL ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD (GROSSMAN)

Plantearé un ajuste que pueda ser aplicado por las cortes y no uno que dependa de una reforma constitucional. Sugiero que se utilice el estándar de razonabilidad para dar contenido a los derechos sociales en casos concretos. La idea es que el gobierno tiene el deber de realizar distinciones razonables entre las distintas necesidades sociales en danza, donde la razonabilidad depende de dos factores. En primer lugar, la importancia de la necesidad social en cuestión dentro del orden constitucional colombiano. Para la Constitución, no todas las necesidades sociales pesan lo mismo, y es tarea de las cortes precisar esta jerar-

quía. En segundo lugar, la importancia económica de la satisfacción de la necesidad social de la que se trate. Por ejemplo, es relevante saber cuánto cuesta determinado tratamiento médico antes de imponerlo como parte de un derecho, pues de ello dependerá cuántos recursos podrán usarse de manera alternativa.

Uno y otro factor empujan en direcciones opuestas: cuanto más importante constitucionalmente sea la carencia en cuestión, mayor será el esfuerzo que quepa imponerle al gobierno; pero cuanto más alto sea el costo de satisfacer una necesidad, más prudentes deberán ser las cortes en sus exigencias. El derecho social exigible en un caso concreto dependerá de la resolución de la tensión entre estos dos factores: habrá un derecho a que el Estado cumpla con aquello que es razonable exigirle en las circunstancias. Se trata, en definitiva, de dar forma de derecho a la conciliación entre aspiraciones y posibilidades.

LA CULTURA DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS (HERRERA Y MORA)

En este sentido, cabe sostener que uno de los retos que deben afrontar los juristas y, en general, la sociedad (verdadera protagonista de la vida del derecho), es la reivindicación del valor absoluto del individuo humano, como fuente suprema de los derechos fundamentales.

Por lo demás, es patente que aun cuando la preocupación por los derechos fundamentales haya adquirido un lugar central en el ordenamiento jurídico surgido a partir de la Constitución de 1991, el efectivo respeto de los mismos sigue siendo un gran reto no alcanzado. En parte ello obedece a que la sociedad, verdadera protagonista de las relaciones jurídicas, todavía no ha abrazado completamente una cultura de respeto por los derechos humanos. Pero también al hecho de

los cambios conceptuales, a veces tan abruptos, de la jurisprudencia constitucional.

LOS MECANISMOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL (LANCHEROS)

Se requiere una revisión de los mecanismos de reforma constitucional previstos en el actual Título XIII de nuestra carta política. Que la única forma de efectuar transformaciones importantes de la Constitución sea una revolución, más allá de lo que retóricamente plantea la Corte Constitucional acerca de la asamblea constituyente, muestra lo crítica que es la desconfianza hacia los procedimientos ordinarios de modificación constitucional. Más allá de las mutaciones constitucionales que se producen con tanta frecuencia a través de la jurisprudencia constitucional, se requiere que el Congreso de la República recupere la capacidad de introducir ajustes estructurales al texto cuando así se requiera. Ello sería posible aumentando la mayoría requerida para el trámite y la aprobación de los proyectos de acto legislativo, buscando el mayor acuerdo entre las fuerzas políticas dominantes y aquellas que son minoría. Que una reforma constitucional requiera el 75% por ejemplo, supondría un alto grado de consenso y minaría notablemente el poder del ejecutivo, el cual es responsable de impulsar casi 30 reformas constitucionales en 20 años. Lo mismo podría afirmarse si se plantea, por ejemplo que cierto tipo de reformas requieren de la aprobación popular. Con ello se estimularían las reformas constitucionales realmente necesarias.

Es verdad que una decisión de este tipo requiere interrogarse acerca cuáles disposiciones de nuestra actual constitución merecen dicho estatus, ya que el supuesto de este planteamiento es la inexistencia de una constitución de tinte reglamentario. Este tipo de consensos es posible alrededor de un texto constitucional conciso, cla-

ro y breve que contenga las disposiciones fundamentales del Estado y que sea un acuerdo sobre los mínimos necesarios que requiere para existir. Debe reconocerse que la Constitución de 1991 no es un acuerdo sobre lo esencial, pues dista mucho de serlo un texto de 380 artículos y más de 64 disposiciones transitorias.

Reconocerle a la Constitución su lugar también exige reconocer el lugar de la ley como fuente de derecho y el importante rol del Congreso de la República en la creación del derecho, desestimulando la creciente tendencia de establecer instancias de producción normativa sin legitimidad democrática directa. Basta ya de trivializar con leyes que no buscan el interés general, sino el particular, basta ya de leyes de honores y de normas con nombre propio, que sólo buscan el beneficio de unos pocos. En este sentido, las leyes ordinarias deberían aprobarse por la mayoría absoluta de los integrantes de cada corporación. Si Constitución y ley cumplen con su función de manera seria y decidida, la jurisprudencia podrá dedicarse a resolver los problemas de interpretación y aplicación que las disposiciones escritas y no a satisfacer la justicia material a través de sentencias con eficacia *erga omnes* ante la pasividad del legislador, asumiendo responsabilidades políticas sin ningún tipo de control. Que cada poder asuma su propia competencia, que cada quien cumpla con su deber y asuma sus obligaciones sin privar a los demás de las suyas cuando sus decisiones no les parezcan correctas. Esta actitud constitucional podría tener cierto amparo si se crean mecanismos institucionales para discutir y dirimir las tensiones constitucionales de frente a la ciudadanía, con la participación de todos los actores involucrados. Simplemente y por citar uno de los muchos ejemplos que podrían plantearse con todas las ramas, ¿qué pasaría si cierto tipo de decisiones que deben adoptar las Altas Cortes requirieran ser deliberadas públicamente?



AJUSTES EN LA PARTICIPACIÓN (LIZARAZO)

En primer lugar habría que revisar el régimen de la participación directa en la vida democrática de la nación, particularmente en los siguientes aspectos:

- i) Cambiar el mecanismo de las circunscripciones especiales adoptado con el objeto de garantizar la participación de las minorías étnicas en el Congreso, por una fórmula que les permita competir, dentro de la misma circunscripción ordinaria y en igualdad de condiciones —lo que les permitiría obtener un número de curules proporcional a la votación obtenida—, pero con la opción de asignación adicional de unas curules a las listas de dichas minorías.
- ii) Modificar las reglas para el reconocimiento de personería jurídica a los partidos y movimientos con el fin de garantizar el derecho de asociación con fines políticos. Estas reglas deberán ser diferentes a las exigidas para el otorgamiento de financiación, acceso a medios y derecho a postular candidatos sin requisitos especiales.
- iii) Modificar la composición y la forma de elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, con el objeto de garantizar su despartidización y, por lo mismo, su autonomía e independencia.
- iv) Modificar el voto preferente en el sentido de darle valor a los votos depositados por las listas, a efectos de que los ciudadanos tengan la opción de apoyar el orden de inscripción de la lista e incidir en que se mantenga.

Finalmente, resulta necesario corregir el proceso de excesiva constitucionalización de los temas electorales y de partidos. La próxima re-

forma constitucional en materia política debería ocuparse de desconstitucionalizar esta materia.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL ESTADO DE DERECHO (MANTILLA)

Partiendo de la idea de que una Constitución está integrada por unos valores y principios que le son propios o inherentes, y que existen principios y valores que van más allá del texto constitucional, que deben ser eficaces en el funcionamiento del Estado aun cuando no estén establecidos en la Constitución escrita, siendo uno de ellos el principio de legalidad, se considera que la cláusula contenida en el artículo 6 de la Constitución no está obligada a permanecer en el texto de la constitucional a efectos de su eficacia, ya sea respecto de los particulares o de los servidores públicos.

Si el Estado colombiano se estableció como un Estado Social de Derecho, lo cual de entrada determina un acatamiento del ordenamiento jurídico vigente y válido dentro del marco de un sistema democrático que propugna por el respeto de la dignidad humana ¿de dónde surge la necesidad de establecer cláusulas que refuercen o reiteren el principio de legalidad? De darse un nuevo proceso constituyente, se considera que no existe una razón suficiente que obligue a la consagración expresa del principio de legalidad.

Sea esta la oportunidad para aclarar lo siguiente:

Como es sabido, el ordenamiento jurídico español, cuya Constitución de 1978 en su artículo 9-1, dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, es una de las cláusulas que fue tenida en cuenta por el Constituyente de 1991 para expedir la Constitución colombiana y por ello la redacción del artículo 6 de la Constitución.

No obstante, en España el artículo 9-1 no es una cláusula de refuerzo a la fórmula del Estado de Derecho y tampoco el establecimiento del principio de legalidad, sino el refuerzo del principio de la soberanía constitucional, lo cual encuentra un fundamento en (i) la desconfianza propia de la época por la reciente caída del Régimen Franquista que obligaba a asegurar la vinculación de todos los miembros de la sociedad a todo el ordenamiento jurídico, incluso de los parlamentos, no sólo a la Constitución sino a las demás disposiciones jerárquicamente inferiores a ella y, (ii) en que hasta ese momento empezaba a tomar fuerza la teoría jurídica en relación con el carácter vinculante de una Constitución (Tribunal Constitucional Español, STC 16/1982, STC 80/1982, STC 35/1983, STC 18/1984).

UNA ORGANIZACIÓN ELECTORAL INDEPENDIENTE (MAYORGA)

El ajuste que a mi parecer se impone, es construir una democracia real, con una sociedad civil que participe directamente en la toma de decisiones de gran envergadura. Supletoriamente, lograr que la representación de la sociedad civil sea operante, construir un Congreso que se ocupe de los grandes temas de la comunidad y no se concentre solamente en los intereses de los partidos o grupos económicos que los eligen. En este sentido, creo que una gran presión ciudadana ha de llevar a que el Estado financie íntegramente las campañas políticas, que deben ser austeras, cortas y, sobre todo, muy controladas, por ser el origen real de la democracia. Además de la construcción de circunscripciones electorales pequeñas y uninominales de fácil control, lo cual sería algo que permitirá, como sucedió en otros momentos de la historia colombiana, que lleguen al Congreso las inteligencias más esclarecidas. Si ello pudo ser posible en la década de los 40's, ¿por qué no ahora?

UNA MEJOR ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y MAYOR ESTABILIDAD INSTITUCIONAL (MOTTA)

La construcción del Estado de Derecho requiere el perfeccionamiento institucional de la administración de justicia, de tal manera, que dicha función pública sea ejercida en forma oportuna y eficaz, evitando la posibilidad de justicia por mano propia y mejorando la eficacia del derecho dentro de la sociedad.

Algunas prácticas constituyen anomías sociales que se presentan dentro de la sociedad por fuera del Estado de Derecho previsto en la Constitución. Deberán perfeccionarse los mecanismos que aseguren la vigencia de la Carta y de sus disposiciones y permitan conseguir el respeto de los contenidos jurídicos y crear la cultura de la legalidad.

La Constitución exige mayor estabilidad. La reforma constante, permanente, fraccionada y coyuntural de la Constitución tiene como efecto directo la pérdida de su prestigio y posicionamiento en la sociedad, así como la desvalorización de sus contenidos y disposiciones. Adicionalmente, la reforma frecuente de la Constitución afecta la seguridad jurídica y la vigencia y vigor del Estado de Derecho, permitiendo que el texto superior, sea objeto de intereses de estructuras de poder limitadas en el tiempo, cuando no parciales. La Constitución deberá perfeccionar sus mecanismos de rigidez.

EL RESCATE DE LA ÉTICA (OLANO)

Realmente, una Constitución nueva ha sido el querer de muchos, pero, sin embargo, la misma Asamblea Nacional Constituyente le cerró las puertas, pues de los mecanismos incluidos en la Carta para su enmienda —Acto Legislativo, Re-



ferendo y Asamblea Nacional Constituyente—, los dos últimos requieren de un umbral de electores mínimo, en algunos casos bastante difícil de conseguir debido al abstencionismo y un procedimiento específico de control que incluye la participación de la Corte Constitucional, la cual ha sido bastante reacia a lo que conoce como la ‘cláusula de sustitución’.

Otro aspecto a considerar es que actualmente los colombianos somos un poco más civilizados, a pesar de la mayor violencia y conductas criminales como la corrupción, que para muchos son su estilo de vida, lo cual requiere de abrir espacios para la civilidad y para el rescate del abandono ético y moral en que vivimos.

Finalmente, los límites que impone la ley de leyes puede guiar hacia su verdadero fin a las ideologías imperantes en el medio; ya en 1832, Francisco de Paula Santander, al tomar posesión de la Primera Magistratura de Colombia, decía sobre la ley: “nos provee de remedios [...] así para contener el poder que quiera convertirse en arbitrario, como para reprimir al que pretenda arrogarse derechos que no deba ejercer”.

EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA CONSTITUCIÓN DEL FUTURO (PARRA)

La Constitución del futuro tiene que ser la Carta Política de la justicia distributiva, la Constitución de la redistribución de la riqueza. En ello tendrá un papel relevante una necesaria reforma agraria, el ataque frontal contra los privilegios de los terratenientes y demás propietarios que han abusado en el uso de la tierra, así como la protección integral de los recursos naturales frente a un uso desproporcionado de la industria extractiva. Es una Carta Magna que debe impulsar un cambio en los esquemas tributarios, con preferencia hacia los impuestos progresivos frente a quienes

más poseen. Elementos como estos le permitirán a la Constitución del futuro contribuir con la superación de aquellas razones sociopolíticas (entre ellas, la violencia sociopolítica, la corrupción, la inacción del legislativo y del ejecutivo, etcétera) que llevaron a una excesiva judicialización de los derechos sociales y que, a su vez, limitaban posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de los derechos sociales mediante la intervención judicial.

La Constitución del futuro es la de sistemas de salud, vivienda y educación equitativos y accesibles, sin barreras económicas para el acceso de los más pobres. Lo anterior, en un escenario donde la calidad en la realización de los derechos sociales, particularmente en áreas como la seguridad social, no queda condicionada a la inserción en el mercado de trabajo o a esquemas contributivos. Esta nueva institucionalidad debe superar la discriminación contra las mujeres en el mercado de trabajo, su acceso limitado a la seguridad social, las altas tasas de analfabetismo de mujeres y niñas en comparación con los hombres, y demás sesgos de género en estas áreas.

De otra parte, es la Constitución donde la implementación de la ley de víctimas y la ley de tierras están llamadas a impulsar no sólo una reparación por las atrocidades del pasado sino también una reparación transformadora de la discriminación estructural y la exclusión. Ello exige que las obligaciones frente a los derechos sociales tengan un papel articulador entre las políticas sociales y las políticas de desarrollo y superación de la pobreza.

En la Norma de Normas del futuro, respecto a los componentes prestacionales de los derechos sociales, adquirirá mayor protagonismo el “activismo judicial dialógico y estructural”, de tal forma que la intervención judicial más legítima será aquella que impulsa la mayor deliberación pública e imparcial entre los sujetos involucra-

dos en el diseño de las políticas públicas y los beneficiarios de dichas políticas. Existirá especial preocupación por el impacto equitativo de la intervención judicial, de tal forma que esta tenga efectos universalizables y que los beneficios de una determinada decisión judicial se proyecten más allá del caso individual para irradiar en el conjunto de la población. La participación y movilización ciudadanas estarán llamadas a reemplazar los espacios en los que han tenido excesivo protagonismo los jueces constitucionales. Los jueces seguirán teniendo un importante papel, dado que, a mayor regulación, existirán mayores ámbitos para el control judicial de procedimientos y políticas, incluyendo el control judicial de la discrecionalidad administrativa respecto a la distribución de beneficios sociales. Además, los jueces deberán actuar articuladamente con sistemas de inspección, vigilancia y control mucho más fortalecidos. La Constitución del futuro es la materialización de las promesas inherentes al Estado Social de Derecho, que hacen de los derechos sociales un punto de partida ineludible para pensar una democracia incluyente.

REINGENIERÍA TERRITORIAL (POMBO)

Existe una necesidad para Latinoamérica (incluido Colombia) de constituir un estado supranacional y glocalizado que genere un bloque poderoso o por lo menos relevante en el ámbito internacional con autoridades supranacionales que lo representen, cohesionen y guíen. Ello seguido de entidades intermedias como lo son los estados nacionales (que no desaparecen sino se transforman), así como las provincias, los departamentos, etcétera, y, en el otro extremo, las entidades locales o municipales. En otras palabras, se pregona, explica y señala la manera de acoger las tesis contemporáneas de la glocalización y el protonacionalismo para ponerlas al servicio de la comunidad política y sus necesidades.

En este momento el ordenamiento territorial es un caos, su regulación es tan dispersa como contradictoria (incluso desde el mismo texto constitucional) y no existe claridad en cuanto a las facultades, las funciones y los alcances de las entidades que lo componen; ni siquiera existe unanimidad en cuanto a la forma de estado adoptada por el constituyente del 91 por la nebulosa zona sobre el particular a la que fuimos sometidos. Por tanto es necesario que Colombia cuente con una verdadera ley de ordenamiento territorial.

AGUA, SISTEMA NACIONAL AMBIENTAL Y MAYOR IMPULSO A LA PROTECCIÓN DE TODOS LOS ECOSISTEMAS ESTRATÉGICOS (SANDOVAL)

En cuanto a posibles reformas que deberían introducirse a futuro en la Constitución, se puede afirmar que no se presenta una urgencia manifiesta o temas críticos que fuera necesario modificar. Sin embargo, resultaría pertinente revisar los siguientes aspectos:

- 1) Introducción del derecho humano al agua. En virtud de la transcendencia de este derecho y de las recomendaciones de diversos organismos internacionales, incluida la Asamblea General de Naciones Unidas, la introducción de este derecho en la Carta Política resultaría procedente a fin de garantizar el acceso al agua y también reforzar la protección de recurso hídrico, en términos de cantidad y calidad.
- 2) Revisión del carácter de "autonomía" que le dio la Constitución a las Corporaciones Autónomas. Sin duda, este ha sido uno de los aspectos más polémicos en la estructuración del Sistema Nacional Ambiental y de hecho ha impedido que haya un control o una revisión desde el nivel nacional a las acciones que adelantan las corporaciones.



- 3) Reforzar las garantías que el Estado otorga para la conservación de ecosistemas estratégicos. En la actualidad, la Constitución sólo protege los parques nacionales naturales. No obstante, se considera importante ampliar el rango dada la importancia de algunos ecosistemas en la provisión de bienes y servicios ambientales.

MENOR SEGMENTACIÓN DEL PODER (SUELT)

La Constitución del futuro debe contener un pacto federal, o al menos uno regional, que permita la solución del conflicto armado y la consecución de la paz en el país. Considero que la segmentación del poder económico y político en el país es un tema que todavía divide a los colombianos; en este sentido, la solución del conflicto pasa por la apropiación de la institucionalidad local de sus territorios. Una institucionalidad al servicio de una seguridad no sólo militar sino alimentaria, educativa de salud y donde exista un respecto por los derechos fundamentales de los individuos.

La Constitución de 1991 debe en ese sentido complementarse porque ya entrañaba un pacto para la consecución de la paz y de suma importancia para las próximas generaciones, como son el reconocimiento de la diversidad cultural, histórica y territorial de Colombia, la importancia de la participación ciudadana en la construcción de una sociedad más justa y equitativa y una organización del Estado al servicio de los ciudadanos. Reconocer la autonomía territorial de carácter político y una apropiación del territorio y de la solución de las problemáticas locales en sus propias autoridades es parte de la solución de la violencia en el país.



La KAS es una fundación política alemana, comprometida con el movimiento demócrata cristiano y es sucesora de la -Sociedad de Formación Política Demócrata Cristiana-, fundada en 1956 y desde 1964 se honra con el nombre del primer Canciller federal. La KAS trabaja hace más de 40 años en Colombia, cooperando en el fortalecimiento de las instituciones democráticas, así como en la promoción de la formación política y la participación ciudadana activa.

Juana Inés Acosta-López • Álvaro Francisco Amaya-Villareal • Germán Burgos Silva
Magdalena Correa Henao • Claudia Dangond- Gibsone • Lina Marcela Escobar Martínez
Nicolás Figueroa • Juan Carlos Galindo Vácha • Leonardo García Jaramillo
Fernando Giraldo G. • Lucas S. Grosman • Camila Herrera Pardo • Stefan Jost
Juan Carlos Lancheros Gámez • Antonio Lizarazo • María José Mantilla Calderón
Fernando Mayorga García • Gabriel Mora Restrepo • Andrés Motta Navas
Hernán Olano • Floralba A. Padrón Pardo • Alfonso Palacios Torres • Oscar Parra Vera
Rodrigo Pombo Cajiao • Fabio Enrique Pulido Ortiz • José Manuel Sandoval
Vanessa Suelte Cock • Rodrigo Uprimny