

# Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano

Editora académica  
Nohora Elena Pardo Posada



**UNIVERSIDAD  
LIBRE**

**PERSPECTIVAS CRÍTICAS  
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL  
COLOMBIANO**

Editora académica  
Nohora Elena Pardo Posada



# PERSPECTIVAS CRÍTICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

## AUTORES

José Rory Forero Salcedo  
Carlos Arturo Hernández  
Orlando Meneses Quintana  
Nohora Elena Pardo Posada  
José Guillermo Carrillo Ballesteros  
Ruth Carolina Blanco Alvarado  
Dilia Paola Gómez Patiño  
Andrés Mauricio Guzmán Rincón  
John Fitzgerald Martínez Vargas  
Carlos Eduardo Amaya Perdomo  
Hernando Peña Salguero  
Oscar Andrés López



**UNIVERSIDAD LIBRE®**

Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano / José Rory Forero Salcedo ... [et al.]; editora académica Nohora Elena Pardo Posada. -- Bogotá: Universidad Libre, 2016.

270 p.; 22 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-8981-50-5 IMPRESO

1. Colombia – Derecho constitucional 2. Constituciones – 1991 -Colombia 3. Neoliberalismo I. Forero Salcedo, José Rory II. Pardo Posada, Nohora Elena, ed.

342.861

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN: 978-958-8981-50-5 IMPRESO

ISBN: 978-958-5466-14-2 DIGITAL

Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano

© Editora Académica: Nohora Elena Pardo Posada

© Autores: José Rory Forero Salcedo, Carlos Arturo Hernández, Orlando Meneses Quintana, Nohora Elena Pardo Posada, José Guillermo Carrillo Ballesteros, Ruth Carolina Blanco Alvarado, Dilia Paola Gómez Patiño, Andrés Mauricio Guzmán Rincón, John Fitzgerald Martínez Vargas, Carlos Eduardo Amaya Perdomo, Hernando Peña Salguero y Oscar Andrés López.

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - Diciembre de 2016

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Corrección de estilo: Adriana Constanza Cuevas Arias

Imagen portada: <https://pixabay.com>

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 1000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

---

**Emilsen Garzón**

Magíster en Historia

**Fernando Antonio Moreno**

Magíster en Derecho Administrativo

**José Eduardo Rodríguez**

Doctor en Sociología Jurídica

**Juan Pablo Galeano Rey**

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas

**Luis Gilberto Ortegon**

Magíster en Derecho Administrativo

## **PAR EVALUADOR**

**David Echeverry Botero**

Magíster en Derecho Económico

**Daniel Alfonso Barragan Ronderos**

Magíster en Filosofía Latinoamericana

## **DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE**

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Antonio José Lizarazo Ocampo

Director Nacional de Planeación: Omeiro Castro Ramírez

Director Nacional de Investigaciones: José Helvert Ramos Nocua

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho: Carlos Arturo Hernández Díaz

Secretario Académico: Álvaro Aljure Moreno

Director Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez Vargas

## CONTENIDO

---

Introducción	9
La Moralidad Administrativa en el Ámbito del Estado Constitucional Colombiano: Realidad o Utopía	15
<i>José Rory Forero Salcedo</i>	
Observar el derecho indígena: la garantía constitucional y legal	37
<i>Carlos Arturo Hernández, Orlando Meneses Quintana</i>	
Un colectivo con unificación jurisprudencial a su favor: Población con discapacidad	71
<i>Nohora Elena Pardo Posada José Guillermo Carrillo Ballesteros</i>	
Constitución política e integración andina desde las nociones de soberanía y democracia	107
<i>Ruth Carolina Blanco Alvarado, Dilia Paola Gómez Patiño</i>	
Constitución Política en tiempos de transición: hacia un marco para la coexistencia armónica de la justicia y la paz	127
<i>Andrés Mauricio Guzmán Rincón John Fitzgerald Martínez V.</i>	



Constitución Política de 1991: 25 años de avasallamiento neoliberal. Crónica sobre la claudicación del Estado colombiano	153
<i>Carlos Eduardo Amaya Perdomo</i>	
Una mirada de los derechos humanos en el contexto de las leyes estatutarias	189
<i>Hernando Peña Salguero</i>	
Recepciones locales del multiculturalismo en algunos juristas colombianos	229
<i>Oscar Andrés López</i>	

## INTRODUCCIÓN

La línea misional de la Universidad Libre responde como conciencia crítica del país, así recrea conocimientos científicos que presenta a la comunidad académica a manera de resultados de investigación. La presente obra es el producto del sub-proyecto *Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano*, generado bajo el proyecto Decisiones Judiciales, derechos colectivos y deuda pública vinculado al grupo de investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho.

El texto tiene como pretensión con motivo de los 25 años de existencia de la Corte Constitucional, efectuar una reflexión crítica en materia del campo del neo-constitucionalismo, específicamente relacionado con los derechos colectivos. Para ello se han comprometido varios Investigadores pertenecientes a diversos Grupos de Investigación, a partir de los derechos colectivos y la exigencia de una reflexión científica sobre los hechos sociales.

Así, el primer capítulo expone la moralidad administrativa en el ámbito del Estado constitucional colombiano y su materialización en la administración pública, en tanto derecho, interés colectivo, o principio de la función administrativa, plasmado en la Constitución de 1991.

Por su parte, el segundo capítulo presenta el estudio del Derecho indígena en Colombia, caracterizándolo como una propuesta de política multicultural, cuyo preámbulo es la Constitución Política. La estructura comprende tres apartados: el primero expone elementos, conceptos y relaciones que componen la teoría del multiculturalismo como propuesta política y cultural; el segundo apartado explica la existencia jurídica de derechos indígenas y los conceptos que se le vinculan y guían su lógica como propuesta de derechos; por último, el concepto derechos diferenciados de grupo aplicados a las comunidades indígenas de Colombia

A su turno, el tercer capítulo presenta la protección jurídica de la población con discapacidad la importancia de las acciones afirmativas y negativas que el Estado ha implementado a su favor, así como los diversos instrumentos internacionales que llaman la atención sobre este colectivo; imponiendo la imperiosa necesidad de hacer efectivo el deber de solidaridad.

A continuación, el capítulo cuarto presenta la integración andina como un desafío constante a las funciones clásicas del Derecho Constitucional, aunque la Constitución Política favorece la posibilidad de pertenecer a esquemas de integración y de formar parte de órganos supranacionales, como el proceso andino de integración o CAN. En este orden de ideas, el capítulo pretende evidenciar la importancia de la democracia y de la soberanía desde la Comunidad Andina y la Carta Política colombiana.

De gran importancia y actualidad es el tema abordado en el capítulo quinto, que sostiene como la Carta fundamental del Estado en la sociedad de transición sirve como marco

para viabilizar las medidas orientadas a la consecución de la paz y garantizar el mayor nivel posible de derechos de las víctimas del conflicto. El investigador afirma que el Tribunal Constitucional adopta un rol fundamental al desempeñar su función de máximo intérprete precisa y fija los parámetros a través de los cuales es posible resolver las tensiones inherentes a los mecanismos de justicia transicional, imponiendo límites y demarcando un margen de maniobra suficiente para el logro de la reconciliación.

Presentando aspectos económicos constitucionales, el capítulo sexto expone la influencia del neoliberalismo en el Estado. Su autor destaca la noción de mercancías, las relaciones con los medios de producción, la apertura económica y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a partir de sus estudios en la maestría de derecho administrativo.

El capítulo séptimo expone las leyes estatutarias bajo el marco teórico de Kelsen y resalta el acto inconstitucional como la principal o más eficaz garantía de la Constitución. Además, el texto apunta al análisis del control previo de constitucionalidad y termina con la indagación de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y la doctrina constitucional, relacionándolas con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Por último, el capítulo octavo comprende el estudio de las recepciones locales del multiculturalismo y expone una crítica al discurso del multiculturalismo jurídico, así como las influencias del liberalismo canadiense en Colombia.

Esta obra da a conocer los resultados de investigación y somete a juicio de la comunidad académica los productos

presentados. El Estado, el colectivo y la Carta política constituyen objetos permanentes de investigación. Es compromiso de la academia plantearse de manera constante los múltiples problemas que en ella se suscitan y propugnar por soluciones que correspondan con la dinámica del Estado Social de Derecho

LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA  
EN EL ÁMBITO DEL ESTADO  
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO:  
REALIDAD O UTOPIA

*José Rory Forero Salcedo*

---

\* El presente artículo es el producto del subproyecto Derecho Disciplinario de los Servidores Públicos, generado bajo el proyecto “Vicisitudes del Derecho Disciplinario”, vinculado al Grupo Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Libre.



## INTRODUCCIÓN

Este capítulo es el resultado de una noble provocación académica propiciada por la Universidad Libre de Colombia, para conmemorar los 25 años de la Constitución de 1991. En esencia, su contenido representa una aproximación al título de moralidad administrativa en el ámbito del Estado colombiano: realidad o utopía.

Persigo tres objetivos: primero, auscultar los fundamentos constitucionales del derecho disciplinario en el ámbito del Estado constitucional, el español y el colombiano, delimitados conceptualmente por la teoría de las *relaciones especiales de sujeción*, en tanto fundamento dogmático del derecho disciplinario; segundo, determinar las bases teóricas del derecho disciplinario, los límites materiales de la potestad disciplinaria, en consecuencia de la legalidad sancionadora disciplinaria, y los límites procesales de la potestad disciplinaria emanados del *debido proceso*, destacando la importancia de respetar los derechos fundamentales de los servidores públicos y enfatizando en la necesidad del cumplimiento de sus deberes funcionales; tercero, elaborar una propuesta de modulación que permita señalar un camino hacia la excelencia de la administración pública en Colombia, partiendo del análisis de los *derechos fundamentales* de los servidores públicos y el correlativo



cumplimiento de sus deberes funcionales, para materializar uno de sus grandes pendientes: la moral administrativa.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Las *garantías de orden supralegal* en el ámbito disciplinario pueden limitar el *poder discrecional* de la administración, en el ejercicio de la potestad disciplinaria y recordarle permanentemente el cumplimiento de los deberes funcionales. Ante esto, el dilema es: por un lado, la obligación de la administración pública por materializar la *moralidad administrativa* y con ella, la eficacia y la justicia derivadas del cumplimiento estricto del deber funcional, haciendo uso de la potestad disciplinaria; y por otro, el imperativo propio dentro de todo Estado constitucional social y democrático de derecho, por garantizar y proteger los derechos fundamentales de los y las ciudadanos, en este caso los servidores estatales.

Resulta propicia esta oportunidad para plantear puntos de equilibrio entre los intereses planteados, que precisamente están dados por un *derecho disciplinario autónomo* que emerge como conciliador en las tensiones constitucionales planteadas, en aras de lograr la materialización del derecho, interés colectivo o, si se quiere, principio fundamental de la función pública: la moralidad administrativa. La investigación se centra en el tema de la moralidad administrativa en el ámbito del Estado constitucional colombiano: realidad o utopía. Así las cosas, la primera parte es descriptiva y explicativa y la última propositiva, resultando como corolario lógico una serie de insumos para la materialización de la *moral administrativa* en Colombia.

En consecuencia, realizaré un *excursus* ordenado conforme a los temas generales señalados en el sumario y a fin de que el artículo guarde coherencia. Acompañaré en lo pertinente el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de los estatutos que regulan la temática, contenidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, procurando efectuar el análisis valorativo, crítico y reflexivo de sus categorías jurídicas y conceptuales.

## **DERECHOS COLECTIVOS**

Génesis de la Constitución Política colombiana de 1991 fue el movimiento de la séptima papeleta y la proyección del Derecho Disciplinario es la Ley 734 de 2002. Movimiento y proceso en los que tuve el honor de intervenir. Así las cosas, empezaré por señalar que el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone que la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Igualmente, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Entonces, surge un elenco amplio de garantías constitucionales al alcance de las personas, ciudadanos y ciudadanas en Colombia. Así se erigen las acciones populares como el principal instrumento de protección construccional de los

derechos e intereses colectivos, formando junto a la *acción de tutela*, en tanto mecanismo reforzado para la protección de los *derechos fundamentales* y la *acción de cumplimiento*, elementos que buscan preservar el orden jurídico.

Otros mecanismos de protección de derechos de raigambre constitucional y naturaleza legal están representados en las *acciones públicas* de *inconstitucionalidad* y *nulidad*, la *excepción de inconstitucionalidad*, el *derecho de petición*, el *habeas corpus* y el *habeas data*. En el derecho sancionador, la *acción penal*, *disciplinaria* y *fiscal*, entre otros. En cuanto a la *acción pública de inconstitucionalidad* en Colombia, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para tal efecto, puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley, sin duda, una de las grandes aportaciones desde 1910 del derecho constitucional colombiano al derecho constitucional comparado.

Ahora bien, la Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 superior, y en su artículo 2 definió las *acciones populares* como los *medios procesales* para la protección de los *derechos e intereses colectivos*, destacando que las *acciones populares* se ejercen para evitar el daño contingente y cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Es importante diferenciar las *acciones populares* de las *acciones de grupo*: las primeras son aquellas interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas; las segundas

se ejercen exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

El artículo 4 de la citada Ley preceptúa que son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias.
- b) La moralidad administrativa.
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.
- e) La defensa del patrimonio público.
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación.
- g) La seguridad y salubridad públicas.
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.
- i) La libre competencia económica.
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la

introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos.

- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

La ley resalta igualmente que son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados

por Colombia. Por lo demás, en la citada normativa, Ley 472 de 1998, se contempla todo lo relativo a sus principios, *procedencia de la acción, caducidad, legitimación, jurisdicción y competencia, presentación de la demanda, admisión, notificación y traslado, coadyuvancia y medidas cautelares, pacto de cumplimiento, período probatorio, sentencia, recursos y costas, medidas coercitivas* y otras disposiciones. Lo relativo a incentivos fue derogado mediante la Ley 1425 de 2010.

### **Derechos colectivos y Derecho disciplinario**

En su artículo 43, la Ley 472 de 1998 se refiere a la *moral administrativa*. El legislador destaca que en las acciones populares que versen sobre la moral administrativa y con miras a evitar la duplicidad de funciones para los efectos de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, el juez que conozca de estas acciones decretará las medidas previas o cautelares que estime procedentes y comunicará la demanda

a la Procuraduría para que la misma se haga parte, si lo considera conveniente.

Y que si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso proceda.

Desde una perspectiva teleológica, en el *derecho colectivo* de la *moral administrativa* convergen la *acción disciplinaria* y las *acciones populares*, pues ambas buscan combatir el fenómeno de la corrupción administrativa, muy arraigado en la administración pública colombiana, derivado de acciones u omisiones de algunos servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas y sin duda, uno de los flagelos más devastadores para cualquier sociedad, en tanto que como bien lo señala el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>1</sup>, esta socava la legitimidad de

---

<sup>1</sup> Continúa el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción: “CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos; CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción; RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para

las instituciones públicas; atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia así como contra el desarrollo integral de los pueblos. La corrupción no es un desastre natural; es un robo frío y calculado de las oportunidades de hombres, mujeres y niños menos capaces de protegerse a sí mismos – Como lo vaticinaba David Nussbaum en su calidad de director ejecutivo de la ONG Transparencia Internacional–.

Este capítulo busca generar algunas reflexiones, acerca de la protección constitucional de los *derechos colectivos*, con un enfoque particular, el *derecho disciplinario*, en el marco del *derecho colectivo* a la *moralidad administrativa* en Colombia, que como bien lo ha precisado el Consejo de Estado de manera reiterada,

es una norma en blanco que debe ser interpretada por el Juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica, que en tanto principio constitucional, está encaminada a que la función administrativa se realice con transparencia, diligencia, pulcritud, preservando los intereses generales y con especial cuidado en el manejo del patrimonio público (Defensoría del Pueblo, 2006).

---

combatirla eficazmente; CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles; TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y, DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

## **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DISCIPLINARIO COMPARADO**

Ahora bien, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho disciplinario español han contribuido con grandes insumos dogmáticos para la construcción del Derecho sancionador del Estado colombiano. De ahí la familiaridad con tratadistas, juristas y académicos de la península ibérica. En cuanto a las acciones colectivas en derecho comparado, son varios los sistemas jurídicos que las contemplan, así en las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Brasil, Portugal, Francia, Argentina, Alemania y España.

Igualmente, teorías de ascendencia española aportan un rendimiento dogmático imprescindible para construir el *fundamento de un derecho disciplinario*, que se viene consolidando como una gran disciplina jurídica en Estados como Colombia y que dado su carácter polivalente, representa un instrumento clave en la lucha contra la impunidad, la ineficacia y la corrupción administrativa, flagelos que representan la antítesis del *derecho colectivo* a la *moralidad administrativa*, y un barrera infranqueable para lograr materializar el principio de igualdad.

La arquitectura del Estado *constitucional, social y democrático de derecho* se diseña partiendo del núcleo constitucional sólido, ideado por el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial (Constituciones: italiana de 1948, alemana de 1949 y española de 1978) y fundado en los valores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales, convencionales y universales. Es por tal razón se viene planteando por la legislación la doctrina y la jurisprudencia colombiana unas reglas claras que permiten:



- 1) Sobre la base constitucional descrita, realizar el debido traslado de los principios del derecho penal y del derecho administrativo sancionador al derecho disciplinario, con miras a lograr una debida operatividad racional de este último.
- 2) Y que contribuyen a distinguir los campos de acción del derecho penal, del derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario.

Naturalmente, con los beneficios que representa tal diferenciación cualitativa, para la Administración y los diferentes sujetos procesales, con el objeto de consolidar el *principio de seguridad jurídica* que tanto reclama el Estado colombiano. En otras palabras, se trataba de ayudar en la transición, para pasar de la anarquía jurídica, a la seguridad jurídica, en el campo disciplinario, para evitar la impunidad.

Como resultado de este proceso de matizaciones y modulaciones, apoyado en la dogmática española, surge en Colombia un derecho disciplinario con bastante margen de autonomía respecto del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, que entra a conciliar la tensión constitucional que a diario se observa en la dinámica de su administración pública, generada, por una parte, por la obligación de la administración, de materializar la moralidad, efectividad, eficacia y eficiencia; por otro lado, el imperativo propio, por garantizar y proteger los derechos fundamentales de los servidores estatales, esto es: servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas.

En suma, emerge un derecho disciplinario capaz de buscar el equilibrio, entre la *potestad disciplinaria* y el *debido proceso*; capaz de asegurarlo cuando se ha encontrado; y capaz

de reconstruirlo cuando se ha perdido; fiel a la sabia fórmula del profesor García de Enterría –recientemente fallecido–, respecto del derecho administrativo.

En este sentido, observamos cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional en Colombia y el Consejo de Estado, han establecido como doctrina jurisprudencial:

- 1) Que los principios inspiradores del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador, aunque con ciertos matices, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.
- 2) De otro lado, la jurisprudencia española reconoce situaciones y relaciones jurídico-administrativas en donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de “especial sujeción”, de “poder especial”, o simplemente “especiales”, principalmente en el caso de los escolares, de los funcionarios, de los militares y de las personas privadas de la libertad, como ejemplos paradigmáticos.
- 3) Así mismo, se establece que los derechos fundamentales de los servidores públicos pueden y deben ser limitados por una Ley o sobre la base de una Ley, al encontrarse en esta singular situación.
- 4) Y finalmente, que constituye un elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de Derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, por la especial sujeción de estos al Estado.

## **DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y DERECHO DISCIPLINARIO**

### **A propósito de las bases teóricas del Derecho Disciplinario**

Observamos cómo el derecho disciplinario español y el colombiano tienen unas bases históricas sólidas; sin embargo, el derecho disciplinario colombiano se proyecta con una identidad propia, con claros fundamentos constitucionales, que determinan un amplio desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal, que ha llevado en la práctica a que se hable de un derecho disciplinario de mínimos en España y de máximos en Colombia. Es así como dentro de nuestro medio jurídico emerge:

- Derecho disciplinario de la fuerza pública: Policía y Fuerzas Militares.
- Derecho disciplinario de los servidores públicos.
- Derecho disciplinario de los particulares en ejercicio de funciones públicas.
- Derecho disciplinario en el ámbito penitenciario: personas privadas de la libertad y personal de dirección, administración y guardia.
- Derecho Disciplinario al interior de las escuelas, colegios y universidades o en el ámbito académico.
- Derecho disciplinario de los abogados.
- Derecho disciplinario de los médicos, arquitectos, ingenieros, contadores, etc.
- Derecho disciplinario de los altos funcionarios del Estado.
- Derecho disciplinario de los funcionarios de la Rama Judicial.

## **LÍMITES MATERIALES A LA POTESTAD DISCIPLINARIA**

A continuación se comentan los límites materiales a la potestad disciplinaria, consecuencia de la legalidad sancionadora, los principios derivados de: reserva de ley, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, *non bis in ídem* y proporcionalidad, en cuanto a la reserva de ley. La Ley 7/2007 de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público en España y las Leyes 734/2002 de 5 de febrero, Código Disciplinario Único, 1123 de 2007, Estatuto Disciplinario del Abogado y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en Colombia, materializan tales límites.

En materia disciplinaria se erige un límite para la potestad sancionadora de la Administración Pública, necesario para superar la amplia discusión en Colombia y en España, en torno a la limitación y suspensión de derechos de los funcionarios por vía de reglamento.

### **Principio de tipicidad**

A diferencia de la tipicidad en materia penal, la *tipicidad* en materia disciplinaria se sustenta en el sistema *numerus apertus*, y en tanto garantía material, compromete o vincula a las distintas ramas del poder público, buscando consolidar la seguridad jurídica que le es consustancial.

La dogmática española da lineamientos precisos en Colombia a la Rama Legislativa del poder, al predeterminar o definir faltas y sanciones; a la Rama Ejecutiva, al materializar la potestad disciplinaria y a la Rama Judicial, al controlar su razonamiento interpretativo.

## **En relación con la antijuridicidad**

Propuesta colombiana:

La falta será antijurídica cuando afecte los deberes funcionales sin justificación alguna, o un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el Estatuto Disciplinario del Abogado (Principio rector plasmado respectivamente en la Ley 734 de 2002, artículo 5, y en la Ley 1123 de 2007, artículo 4).

La falta disciplinaria comporta el quebrantamiento del deber, pero no de cualquier deber, sino del deber funcional, y no de cualquier forma, sino de manera sustancial, al atacar los fines y funciones del Estado, sobre los cuales se construye la base de una administración pública, que busca la excelencia, y que encuentra en las leyes disciplinarias, instrumentos de prevención y garantía de su buena marcha. La antijuridicidad adquiere unos matices propios que la diferencian de la antijuridicidad en materia penal, por tales razones.

## **Del principio de culpabilidad**

En el Derecho funcional español y colombiano se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; y en consecuencia, y a diferencia de los delitos, las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, por el apotegma de la responsabilidad subjetiva, propio del Estado constitucional, social y democrático de Derecho español y colombiano.

## **En cuanto al principio *non bis in ídem***

Plantea cómo en Colombia existe una aplicación atenuada de este principio y en consecuencia, pueden coexistir procesos y sanciones penales, disciplinarias e incluso fiscales, o derivadas

del Derecho Administrativo sancionador, por una misma conducta presuntamente irregular.

La fórmula del Derecho Disciplinario español es diferente, pues establece que cuando de la instrucción del procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados en criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En este sentido, se plantea la necesidad de explorar en Colombia las experiencias del derecho disciplinario comparado.

### **El principio de proporcionalidad**

En materia disciplinaria, el principio de proporcionalidad limita la potestad disciplinaria de la administración, descartando la aplicación de los principios absolutos de discrecionalidad y conveniencia en la aplicación de las sanciones disciplinarias, y de ahí que el correctivo disciplinario debe corresponder a la gravedad de la falta cometida.

El Estatuto básico del Empleado Público en España y en el Código Único Disciplinario vigente en Colombia, concebido para evitar que se caiga en la discrecionalidad absoluta de la administración pública cuando ejerce la potestad disciplinaria recogen este principio.

### **Límites procesales a la potestad disciplinaria emanados del debido proceso**

En efecto, un estudio comparado de estas garantías procesales constitucionalizadas en España (Constitución de 1978, artículos 24 y 25), y en Colombia (Constitución de 1991, artículo 29), nos permiten realizar la siguiente tipología:

- 1) El acceso judicial y la obtención de una tutela judicial efectiva contra los actos definitivos de la administración producidos en vía administrativa.
- 2) El principio universal de la presunción de inocencia.
- 3) La debida actividad probatoria en tanto alma del procedimiento disciplinario.
- 4) El derecho de defensa como exteriorización del principio *in dubio pro* disciplinado o *in dubio pro* expedientado, en la terminología disciplinaria española.
- 5) La asistencia letrada como señalan los doctrinantes españoles, o la defensa material y técnica en los procesos disciplinarios, como garantía supralegal que asiste al inculcado en Colombia.
- 6) La motivación en debida forma de los actos disciplinarios.
- 7) La idoneidad, objetividad e independendencia del instructor: los Órganos de Control Externo, los Órganos de Control Interno y la Jurisdicción Disciplinaria en Colombia; o la propia Administración, en España.
- 8) El derecho a la tramitación del expediente sin dilaciones indebidas, que conecta con todas las garantías constitucionales en este ámbito; a fin de superar una de las grandes debilidades de la administración pública que lleva a la impunidad, y basta con recordar que justicia demorada es justicia denegada.

**En relación con la garantía de los derechos fundamentales de los servidores públicos y el correlativo cumplimiento de sus deberes funcionales**

La dogmática española y la colombiana plantean puntos de equilibrio para evitar la impunidad o arbitrariedad en el

ejercicio del control disciplinario, en la medida en que los derechos fundamentales de los funcionarios resultan limitados, de una forma particular por el estatus funcional adquirido, derivado de la tensión constitucional, entre los principios de potestad disciplinaria y debido proceso.

## **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DE LA EXCELENCIA**

Los planteamientos anteriores demuestran cómo el control disciplinario en sus fases preventiva y correctiva se erige como un eje estructural en la construcción del Estado constitucional, social y democrático de Derecho colombiano, en tanto instrumento de protección constitucional de los derechos colectivos, particularmente el interés colectivo a la moralidad administrativa, pero para tal cometido se hace necesario: que los servidores públicos muestren resultados concretos de su gestión, ya que el compromiso y la responsabilidad por el momento coyuntural que vive Colombia resulta de una enorme trascendencia, pues en la medida en que nos apropiemos y logremos hacer efectivo un Derecho Disciplinario con las características anotadas:

- 1) Estaremos construyendo las bases jurídicas de un Estado participativo y pluralista, en donde impere la democracia real o sustancial, según la fórmula de Luigi Ferrajoli (2001).
- 2) De unas instituciones que se proyectan en el tercer milenio y que se justificarán y tendrán razón de ser si buscan una administración pública honesta, eficiente, garante de los derechos humanos y del interés público, acorde con la fundamentación teórica discursiva, apoyada en los argumentos de autonomía, consenso y democracia, como lo sugiere Robert Alexi (2013).



3) De una administración en donde la conducta de los servidores estatales consulte siempre la idea de justicia social como único camino para lograr la paz, enmarcada en los valores y principios constitucionales de libertad, igualdad, justicia y dignidad humana, en tanto presupuestos básicos para llegar a la Colombia que todos anhelamos; es decir, un Estado en donde los derechos sean tomados en serio, según lo planteaba Ronald Myles Dworkin (2012).

Pensar y actuar en contravía de lo manifestado, simplemente equivale a patrocinar la situación de crisis que en forma directa o indirecta nos afecta y que de no solucionarse –más temprano que tarde– y con el concurso de todos, inexorablemente coartará un mejor futuro de su población, quedando la corrupción y la violencia como únicos legados para las generaciones venideras.

## **HACIA LA CRISTALIZACIÓN DE LA MORAL ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA**

Los fundamentos constitucionales del derecho disciplinario determinan un claro desafío para la doctrina, y contribuyen a la materialización de la moralidad administrativa, en tanto principio constitucional. En efecto, una clara fundamentación del derecho disciplinario representa un gran referente, enraizada o anclada en el derecho constitucional, como lo recuerda la doctrina y la jurisprudencia comparada permanentemente:

1) En la construcción de un derecho de la función pública dentro de nuestro medio, que valga como instrumento en la lucha diaria contra la impunidad, derivada de la grave y sistemática violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y frene los escándalos diarios de corrupción e ineficacia administrativa, antítesis de un verdadero sistema guiado por la moral administrativa, en cuanto

flagelos que absorben gran parte de los recursos públicos, generando un grave deterioro e inestabilidad de nuestras instituciones, pues al imposibilitar una inversión social adecuada, estos fenómenos llevan a que los índices de pobreza y miseria aumenten, en perjuicio de los más débiles.

2) Igualmente, en la construcción de un derecho disciplinario, que concilie la tensión constitucional que se genera, entre la potestad disciplinaria y el escrupuloso respeto por las garantías supralegales, cuya titularidad ostenta el expedientado; o en las tensiones constitucionales que de manera coyuntural se han venido generando en Colombia entre: Autoridad vs. Libertad, Potestad Disciplinaria vs. Soberanía Popular, Sanción Disciplinaria vs. Revocatoria del Mandato, Potestad Sancionadora vs. Derechos Políticos, Derecho Disciplinario vs. Derecho Penal, Control Disciplinario vs. Control Político, Derecho vs. Política, Principio de Legalidad vs. Principio Democrático.

Es urgente buscar una fórmula a fin de que no se allane el camino hacia la inmunidad del control disciplinario respecto de los servidores públicos elegido por voto popular, y así evitar la impunidad en materia disciplinaria, pero en todo caso, respetando de manera escrupulosa las garantías procesales que le asisten al inculpado.

3) Y en la construcción de un Derecho Funcionario que materialice el valor superior de la justicia disciplinaria, y se convierta a su turno en un elemento estructural de la administración pública, principalmente de la administración de justicia, que busca la excelencia, apoyado ya no en los postulados ciegos de lealtad, obediencia, fidelidad y devoción absolutos, sino en los parámetros de acceso a la función pública, conforme a los principios superiores de igualdad, mérito y capacidad a que alude la Constitución española de 1978, y los de eficacia, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que consagra la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 209.

## CONCLUSIÓN

Fiel a la idea enunciada por Ortega y Gasset, finalizo señalando como siempre: “Un individuo como un pueblo, queda más exactamente definido por sus ideales que por sus realidades. El lograr nuestros propósitos depende de la buena fortuna, pero el aspirar es obra exclusiva de nuestros corazones”.

Las anteriores disquisiciones traducen mi aspiración genérica, porque el derecho disciplinario que hemos venido construyendo en Colombia durante estos veinte años gracias a los aportes del derecho comparado, entre ellos el español, se traduzca:

- 1) En un aporte comparado a la dogmática jurídica disciplinaria, dentro del proceso de consolidación, que viene experimentando el Derecho de la Función Pública en Colombia en el marco de su Estado constitucional.
- 2) Un paso más, encaminado a lograr el equilibrio que debe existir, en palabras del profesor Nieto García, entre la eficacia administrativa, por un lado, y los derechos individuales de los funcionarios.
- 3) Un instrumento importante en la lucha contra la impunidad, la ineficacia y la corrupción administrativa, en tanto flagelos que atentan contra la moralidad administrativa.
- 4) El deseo de que el Derecho de los servidores estatales, con las matizaciones vistas, contribuya a que se tome conciencia de lo que representa, desde el punto de vista del *ethos funcionarial* y desde la óptica jurídica, el cumplimiento del deber funcional asignado por expreso mandato constitucional y por expreso mandato legal; y se cristalice en el campo de la potestad disciplinaria el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano del inculcado, en el que deben materializarse los principios y garantías constitucionales.

Específicamente, aspiro a que sirva como referente en la búsqueda de la tan anhelada justicia disciplinaria, dentro de la actividad o proceso hermenéutico que conlleva la tramitación de un expediente disciplinario, que en ocasiones puede traer para el expedientado consecuencias más delicadas que las que se derivan de un proceso penal, pues de comprobarse una falta muy grave en España o gravísima en Colombia, se determina la separación del servicio, el despido disciplinario, o en el peor de los casos para el encartado, como sucede en Colombia, la destitución e inhabilidad permanente, cuando la falta disciplinaria afecta el patrimonio económico del Estado; o en el caso particular de los abogados, censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión, como correctivos determinados por la jurisdicción disciplinaria.

El propósito nuclear de estas disquisiciones lleva aparejadas tales aspiraciones, genéricas y específicas, y si de las presentes líneas que ustedes generosamente han leído surge por lo menos una luz, en la cristalización del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la igualdad, en tanto piedra angular del Estado constitucional, social y democrático de Derecho colombiano.

¡En hora buena!

## **REFERENCIAS**

Alexi, R. (2013). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Editorial Universidad Externando de Colombia. Quinta reimpresión.

Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho. Primera edición en esta presentación.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta S.A. Edición de Antonio de Cabo De La Vega y Gerardo Pisarello.

Defensoría del Pueblo (2006). *Doctrina y Jurisprudencia en Acciones Populares*. Revista No. 1. Primer semestre. Bogotá.

Forero Salcedo, José Rory. (2011). *Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano. La influencia del Derecho comparado*. Primera edición. Bogotá: Universidad Libre.

\_\_\_\_\_. (2007). *Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales*. Diálogos de Saberes, No. 25. Universidad Libre, pp. 211-237.

\_\_\_\_\_. (2010). *Hacia la excelencia en la Administración Pública colombiana*. Diálogos de Saberes. No. 33, Universidad Libre, pp. 13-34.

Londoño Toro, B. (2004). *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

OBSERVAR EL DERECHO INDÍGENA:  
LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL  
Y LEGAL\*

*Carlos Arturo Hernández*  
*Orlando Meneses Quintana*

---

\* El presente trabajo es fruto del Proyecto de Investigación desarrollado dentro del Grupo de Derecho Constitucional Nacional y Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre-Bogotá. Titulado “Éticas aplicadas, tecnología y sociedad de mercado, efectos sobre el Derecho y el Poder Político.”



## **INTRODUCCIÓN**

En virtud de las normas constitucionales que consagran el pluralismo, la libertad y el reconocimiento de la diversidad entre otras, los grupos indígenas cuentan con herramientas jurídicas para la protección de sus derechos; muchos de los cuales ostentan la categoría de fundamentales como lo ha señalado el tribunal constitucional:

La protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales es un derecho fundamental de titularidad colectiva, íntimamente relacionado con los derechos de aquellas comunidades a la identidad cultural y, por ende, a su subsistencia como grupos étnico social y culturalmente diferenciados (Sentencia, 2014).

Ahora bien, al tratar los derechos indígenas se hace necesario una mirada al entorno internacional en particular en América Latina como bien lo expone Martínez (2011) quien considera que estos derechos presentan tres aspectos que legitiman a esta parte del continente como agentes de inclusión social de las comunidades indígenas a partir de sus ordenamientos jurídicos:

“En primer lugar, en las ratificaciones del Convenio 169, de los 22 países del mundo que lo han hecho, catorce de ellos han sido latinoamericanos y uno caribeño: Argentina (2000), Brasil (2002), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica



(1993), Dominica (2002), Ecuador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nicaragua (2010), Paraguay (1993), Perú (1994), Venezuela (2002).

- \* En segundo lugar, América Latina ha sido donde más reformas se han realizado para incorporar los derechos indígenas en las constituciones de los países, con lo que se ha establecido un modelo definido como ‘constitucionalismo multicultural’ (Van Cott, 2000).
- \* En tercer lugar, América Latina cuenta con un sistema regional de derechos humanos, el sistema interamericano, que la ha convertido en uno de los referentes para la defensa de los derechos indígenas” (Martínez, 2011, p. 75).

Bajo los lineamientos jurídicos para el reconocimiento de los derechos a la población indígena, es esencial presentar a la comunidad academia los avances que la investigación que al respecto se ha consolidado a la fecha; para ello se acudirá a fuentes primarias de organizaciones gubernamentales que tiene a su cargo la ejecución, vigilancia y siguiente de lo establecida en la carta política, en el bloque de constitucional y normas de orden internacional a favor de este colectivo.

## **EL ESTADO DESCENTRALIZADO, INSTRUMENTO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS**

El modelo de Estado descentralizado que proyecta la constitución política, se concreta como instrumento para la materialización de derechos, que en sus diversas formas: territorial y por servicios. Así lo enseña la Corte Constitucional que considera que las funciones ejercidas en virtud de la descentralización se ejecutan en el “marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas” (Sentencia, 1998).

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos indígenas y los efectos se extiende a los 87<sup>1</sup> pueblos indígenas que se asientan en el territorio en 710 en Resguardos (Departamento Nacional de Estadística, 2007).

Es así, las entidades descentralizadas tendrán a su cargo el cumplimiento y materialización del derecho indígena, entre ellas el estudio abordó el ministerio del interior, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, la Comisión para el desarrollo integral de la política indígena, la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la mesa Permanente de Concertación con los pueblos y las organizaciones indígenas.

Por su parte le compete al departamento Nacional de Estadística Dane, suministrar información cuantitativa de la población y realidad colombiana. De acuerdo con el Censo Nacional del Dane de 2005, de los 42'090.502 colombianos, 1'378.884 pertenecen a diversas comunidades indígenas que tienen presencia en 27 departamentos y 228 municipios del país, en 710 resguardos titulados, que ocupan una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas, el 29,8% del territorio nacional. Estas cifras evidencian un incremento significativo del 127% en el número de resguardos y del 7% en el territorio por ellos ocupados. Los departamentos con mayor

---

<sup>1</sup> Achagua, Amorúa, Andakies, Andoque, Arhuaco, Awá, Bara, Barasana, Barí, Beyote, Bora, Chimilas, Chiricoa, Cocoma, Coconuco, Coreguaje, Coyaima, Desano, Dujo, Embera, Embera Chami, Embera KATio, Eperara Siapiadara, Guambiano, Guanaca, Guane, Guayavero, Hupdu, Inga, Juhup, Jujupda, Kakua, Kankuamo, Karapana, Karijona, Kawayari, Kofán, Kogui, Letuama, Macaguaje, Makuna, Matapí, Miraña, Mokana, Muiname, Muisca, Nasa, Nonuya, Ocaina, Pastos, Piapoco, Piaroa, Piratapuyo, Pisamira, Puinabe, Sáliba, Sikuani, Siona, Siriano, Taiwano, Tanimuka, Tariano, Tatuyo, Tikuna, Yototó, Tsiripu, Tukano, Tuyuca, U'wa, Waunana, Wayuú, Wiwa, Yagua, Yanaconas, Yauna, Yucuna, Yuko, Yuri, Yuruti, Zenú. <http://www.onic.org.co/pueblos>

porcentaje de indígenas son: Guainía, Vaupés, La Guajira, Amazonas, Vichada, Cauca y Nariño. Los departamentos de La Guajira, Cauca, y Nariño concentran aproximadamente la mitad de los indígenas del país.

En el momento, coexisten 34 organizaciones indígenas entre regionales y nacionales, y aproximadamente 151 organizaciones de autoridades tradicionales, población en 82 pueblos y un movimiento político nacional, para participar directamente en el Congreso de la República, tanto por la circunscripción especial, como por la utilización de canales democráticos de los partidos políticos, que ha venido logrando cargos de gobierno departamentales y nacionales (Unicef, Oficina de Área Para Colombia y Venezuela). Lo que implica para el Estado un mayor esfuerzo para que sus instituciones ejerzan no solo la vigilancia sino un papel protagónico en la ejecución de los derechos de los pueblos indígenas, hay mucho que proteger, el Estado siempre ha mostrado su voluntad política para ello, pero es necesario pasar de la norma escrita a la realidad: materializando los derechos.

## **RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

El reconocimiento de los pueblos indígenas y de los diferentes grupos étnicos como sujetos titulares de derechos ha ido tomando fuerza de manera paulatina en el ámbito internacional, como en el contexto de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales que reconocen el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados. No obstante, una de las grandes luchas de los pueblos indígenas ha sido el reconocimiento de su titularidad para el ejercicio de derechos, en tanto sujetos

colectivos particulares, y no como una simple sumatoria de individuos pertenecientes a un mismo grupo (Patiño Posse, 1999).

Por lo tanto, los derechos de propiedad comunal indígena, incluyendo sus derechos sobre tierras que no usan u ocupan de forma efectiva cuya recuperación reclaman, puede entrar en conflicto con reclamos de propiedad de terceros. La Corte ha aclarado que “la propiedad privada de los particulares” y la “propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas” se encuentran ambas amparadas por la Convención Americana, y que cuando estos derechos entran en conflicto, el problema debe ser resuelto de conformidad con los principios que rigen las limitaciones a los derechos humano.

El territorio para los indígenas es el espacio que une a numerosas generaciones con los antepasados, donde se origina su propia historia ligada a la identidad, la tierra es considerada como pariente que da origen a la vida y se debe cuidar y proteger, para ayudarla a conservarse como vital para las generaciones venideras. Por todo ello, se considera que el territorio vincula a los indígenas con el pasado y con el futuro; les otorga sentido de unión y de supervivencia en un proceso de arraigo, de identidad y pertenencia.

Los pueblos indígenas tienen formas de vida únicas. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual. La relación con el territorio tradicional puede expresarse dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados, asentamientos, recolección estacional o nómada, el uso

frecuente de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tener en cuenta que la tierra está relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores.

Una de las fuentes de conflicto entre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y terceras personas surge cuando un determinado grupo indígena ha perdido la posesión de tierras cuyo título de propiedad ha sido conferido a terceros propietarios. Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladados legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad, lo anterior de conformidad al mandato legal que regula la materia a partir del año 2014.

## **EL CONFLICTO ARMADO Y EL DESPLAZAMIENTO INDÍGENA EN COLOMBIA**

Para Bonett (2012) el conflicto se define como un estado de confrontación activa que ocurre en el territorio nacional y que se hace evidente en áreas estratégicas tanto geográficas

como sociales, políticas y económicas, donde una minoría al margen de la ley o dentro de ella, bajo diferentes denominaciones y supuestas motivaciones políticas, ejerce una persistente acción violenta contra el Estado y sus instituciones, poniendo su mayor énfasis en el ataque a la población y sus recursos. En Colombia emergió de problemas estructurales del país entre ellos pobreza, desigualdad, discriminación contra grupos vulnerables, los abusos de los derechos humanos y el control de las tierras (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2011).

Por su parte el académico Uribe (1999) afirma que el caso colombiano parte de la confrontación – insurgencia y el de la contrainsurgencia, estos ejes coexisten en una misma coyuntura y territorio o tienen un predominio diferencial en las regiones o repercusiones distintas y desiguales en los espacios sociales.

Los hechos violentos han repercutido directamente en los grupos indígenas, ACNUR, como acompañante del proceso organizativo de las comunidades indígenas y a solicitud de las mismos, ha buscado el fortalecimiento de sus autoridades y organizaciones indígenas para generar propuestas y soluciones desde las comunidades y fortalecer estrategias de prevención y protección, partir del reconocimiento de su autonomía, el fortalecimiento de los espacios de consulta previa con el gobierno nacional, la apertura del espacio humanitario, la presencia continua en su territorio, y el trabajo con las agencias e instituciones.

Se destaca, como el territorio para los indígenas constituye una base espiritual y una base material complementarias. Se considera que el territorio vincula a los indígenas con el pasado

y con el futuro; les otorga sentido de unión y de supervivencia en un proceso de arraigo, de identidad y pertenencia.

Es esa línea, los sitios sagrados concretan el conocimiento que las autoridades indígenas tienen sobre las leyes de ordenamiento tradicional. En estos territorios se encierra el legado de la sabiduría, para su conservación debe existir un adecuado manejo de los sitios sagrados, desde los cuales se rige el destino de la humanidad (Duque, 2008).

Si se observa, la mayor parte de la población indígena se encuentra asentada en la zona rural un 78% el restante habita en zonas urbanas, es posible afirmar que gran parte del desplazamiento para este grupo se realiza entre territorios colectivos, mediado por redes de parentesco y acuerdos políticos, culturales y económicos con arreglo a la capacidad de absorción comunitaria y ecosistémica de las comunidades receptoras, y la fortaleza política de las autoridades y organizaciones indígenas (Humanos, 2006).

Lo anterior, quiere decir que el proceso de desplazamiento se presenta en un primer momento hacia los territorios colectivos y posteriormente hacia las cabeceras municipales, ciudades intermedias o grandes ciudades, lo que conlleva mayor vulnerabilidad de las comunidades y agrava los riesgos de protección.

Para terminar este apartado y con singular relación a los territorios indígenas la administración Santos promulgo el decreto 1953 de 2014<sup>2</sup>, en cumplimiento de la sentencia

---

<sup>2</sup> El objeto del decreto en comento es “crear un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, conforme las disposiciones aquí establecidas, entre tanto se expide la

C-489 de 2012 que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, norma orgánica de ordenamiento territorial y considero que existía una omisión legislativa absoluta en relación con la creación de los Territorios Indígenas. Quiere decir lo anterior, que el régimen jurídico una vez más regula lo concerniente a tema indígenas, otorgando recursos previos el plan de inversión que deberá presentar cada comunidad y regulando el tema de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones para los Resguardos Indígenas que se distribuirá en proporción a la participación de la población del resguardo, en el total de población indígena certificada por el Dane, sumado a lo anterior el plan semillas de vida<sup>3</sup> en educación se constituye en una estrategia para la preservación de la identidad cultural y su cabal reconocimiento.

---

ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. Para ello se establecen las funciones, mecanismos de financiación, control y vigilancia, así como el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena; con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente Decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas, y administrarán y ejecutarán los recursos dispuestos para su financiación.”

- <sup>3</sup> Semillas de vida es un concepto que ha sido establecido en los procesos de construcción y concertación realizados en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para Pueblos Indígenas, CONTCEPI. Sin embargo, se reconoce que existen otras nociones para referirse a la primera infancia, según la cosmovisión de los pueblos., Decreto 1953 de 2014, artículo 41, parágrafo 1.



## **TIPOLOGÍA DE DESPLAZAMIENTO EN COMUNIDADES INDÍGENAS**

El hecho de que los resguardos indígenas sean dueños legales del territorio, genera mayor confianza como sitio de refugio, haciendo que las familias indígenas forzadas a desplazarse, lo hagan hacia otras que cuenten con resguardo. Las relaciones familiares y culturales, el mantenimiento de redes familiares, de comercio y la existencia de rasgos culturales comunes, orientan a las familias al momento de generarse un desplazamiento.

De igual manera, se encuentra la tendencia de movilidad de un sitio de menor a uno de mayor concentración poblacional. El nivel organizativo de la comunidad, es otro elemento que determina la tendencia de movilidad, en comunidades con bajos niveles de desarrollo organizativo o cuando las Infracciones al DIH han sido altamente críticas, éstas una vez se desplazan, buscan refugio en comunidades más organizadas o en los centros de sede de las organizaciones indígenas.

Cuando hay una salida organizada de las familias se da la posibilidad de una mejor atención. Por el contrario, movimientos dispersos o unifamiliares sin relaciones organizativas y sin la figura de sus autoridades, dificultan garantizar mejores condiciones, exigiendo mayores esfuerzos institucionales y de las organizaciones indígenas. Las amenazas y violación de Derechos a los líderes, debilita el accionar de las autoridades en el manejo interno de las comunidades, la gobernabilidad ejercida en sus territorios, en la relación y representación de estos con la institucionalidad externa.

Los indígenas se identifican como individuos pertenecientes a una colectividad social y cultural, asumiendo

responsabilidades como colectivos étnicos y en general con el conjunto de las opciones de vida diferentes y diversas. Las situaciones de violencia generalizada y el desplazamiento, afectan el sentir del ser indígena porque en los eventos de violación de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a sus líderes, a cualquier miembro de las comunidades o a toda una población indígena (Ministerio del Interior y de Justicia Dirección de Etnias Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Atención a la Población Desplazada, 2006).

Dentro de las situaciones que tienen como causas las acciones de los grupos armados en el marco del conflicto interno, el desplazamiento forzado es la que ha tenido un impacto masivo generando el mayor impacto a las poblaciones indígenas, sin que con ello se desconozca otros impactos relacionados con el conflicto armado, entre ellos el reclutamiento forzado de niños, las minas antipersonales, desaparición forzada, secuestros, amenazas a líderes, y miembros de organizaciones de población víctima de desplazamiento, representantes de organizaciones sociales y defensores y defensoras de derechos humanos (Comité Distrital de Infancia y Adolescencia. Subdirección para la Infancia, 2011).

Es en esta etapa del proceso se evidencia el éxito o no de la política de restitución. En este punto es donde deben confluir todos los esfuerzos de coordinación y articulación entre entidades del orden nacional y territorial, para dar respuesta efectiva a los requerimientos de condiciones seguridad y socio económicos, que permitan no solo el retorno de las familias a sus territorios sino su permanencia y el desarrollo de un proyecto de vida digna.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 102 de la Ley 1448, la función del juez no termina con la sentencia, éste conservará la competencia hasta que se garantice al restituido el goce efectivo de sus derechos. (Juristas, 2013)

Las precarias condiciones socioeconómicas de las comunidades indígenas hacen perentorio el cumplimiento del deber del Estado de dar solución a sus reclamaciones territoriales. La principal forma que tiene el Estado de resolver la situación de las comunidades indígenas en condiciones socioeconómicas extremas, es mediante la restitución de sus tierras.

Las comunidades indígenas que carecen de acceso a su territorio ancestral frecuentemente viven situaciones de extrema vulnerabilidad causadas por la falta de acceso a sus recursos de subsistencia. En tales circunstancias, tienen derecho a que el Estado les provea en forma inmediata y prioritaria de alimentación, agua, asistencia médica y atención educativa adecuadas, regulares y suficientes en cuanto a periodicidad, cantidad y calidad para revertir y solucionar su situación de vulnerabilidad y riesgo en materia de alimentación, agua, salud, condiciones sanitarias y vivienda, teniendo en cuenta la gravedad de cada caso.

En concordancia con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Estado debe adoptar las medidas para asegurar a los miembros de las comunidades indígenas, durante el período en el que permanezcan sin territorio, condiciones de vida compatibles con su dignidad, que permitan a los miembros de las comunidades vivir en un medio ambiente saludable. (Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 2005)

En vigencia de la Ley de Justicia y paz (Ley 975 de 2005), se estableció que por medio de la CNRR se fijarían

políticas y procedimientos concernientes a garantizar las reparaciones colectivas; con la Ley de víctimas (Ley 1448 de 2011), se ha creado una nueva institución denominada Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. La institución encargada de hacer efectivas las expectativas de reparación en el país, estableció un Programa Institucional de Reparación Colectiva (PIRC), del cual fueron planteados sus lineamientos en el año 2011 a partir de ocho experiencias piloto de reparación colectiva desarrolladas por un grupo de expertos de la antigua CNRR.

Como lo sostiene la doctrina, la reparación colectiva a los grupos indígenas es ventajosa cuando ocurre una pérdida de capacidad para reproducirse a sí misma como comunidad; cuando ocurre destrucción o afectación del liderazgo comunitario, de las estructuras organizativas y de gobierno comunitario; cuando ocurre un daño en el tejido organizativo de la comunidad; un daño en la capacidad de producción económica, como ocurre cuando el hecho profundiza la situación de pobreza de la comunidad; cuando los hechos generan un estigma dentro del grupo, el cual no es fácil superar; cuando ocurre una pérdida de infraestructura y bienes pertenecientes a la comunidad (Bacca Benavides, 2010).

### **CLASES DE REPARACIÓN PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

Hay dos clases de reparación para los pueblos y las comunidades indígenas: una reparación individual y una reparación colectiva, cada una de las cuales depende del tipo de daños que se cometan contra las comunidades indígenas. Cada una de

las reparaciones deberá tener un enfoque diferencial teniendo en cuenta los daños a la población indígena de especial reconocimiento y protección, como son las mujeres, los hombres mayores, los niños, las niñas y las personas jóvenes. Los daños pueden ser individuales, colectivos e individuales con efectos colectivos y, además, están aquellos daños al territorio, a la integralidad cultural y a la autonomía e integridad política y organizativa de las comunidades indígenas.

En cualquiera de los daños, ya sean individuales o colectivos, el Estado deberá reparar integralmente a los pueblos indígenas, proteger y prevenir futuras vulneraciones mediante la garantía efectiva del derecho fundamental a la consulta previa. Sobre los daños colectivos y la reparación a los pueblos indígenas, las reparaciones se contemplan en el Plan Integral de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas que en el Decreto-Ley se le conoce con la sigla Pircpci, que deberá ser acordado con las poblaciones indígenas<sup>4</sup>

De forma individual el Estado debe garantizar la verdad, la justicia, la satisfacción y garantías de no repetición. Además, el Decreto-Ley establece unas medidas particulares, entre ellas indemnizaciones, rehabilitación física, psicológica y social-cultural, así como acompañamiento jurídico como las indemnizaciones, las indemnizaciones a los daños generados a los pueblos y las comunidades indígenas, distintas a las violaciones de sus derechos territoriales, son de dos tipos: individuales y colectivas (artículo 109). En los dos casos, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá garantizar que el programa de acompañamiento para promover la inversión adecuada de los recursos recibidos

---

<sup>4</sup> La reparación integral a la que tienen derechos los pueblos indígenas verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

por la indemnización (programa señalado en la Ley 1448 o Ley de víctimas) incorpore un módulo de capacitación en el manejo de recursos que sirva para asesorar a los pueblos y las comunidades indígenas, sus autoridades y sus integrantes (artículo 109).

### **LAS INDEMNIZACIONES INDIVIDUALES A LA COMUNIDAD INDÍGENA**

Las indemnizaciones individuales tienen como propósito fortalecer el proyecto de vida del pueblo indígena al que pertenece la víctima y, en particular, restablecer los daños y las afectaciones materiales, espirituales, psicológicas y sociales de manera justa, proporcional y adecuada, atendiendo al principio rector de la dignidad (artículo 110).

El acceso a la indemnización individual será de carácter gratuito. No se necesitará de abogados o intermediarios para acceder a ella (artículo 110). La indemnización individual por vía administrativa no implica la renuncia de las víctimas al acceso a la reparación por vía judicial (artículo 112). Las víctimas deberán tener acceso prioritario y diferencial a las indemnizaciones administrativas individuales ante la discriminación, la exclusión y las violaciones sistemáticas de sus derechos (artículo 113).

La indemnización deberá articularse con las demás medidas de satisfacción, verdad, justicia, rehabilitación y no repetición con el fin de lograr una reparación integral (artículo 109). Para tal propósito tendrá que establecer el procedimiento a seguir para que la víctima solicite la indemnización por vía administrativa. Diseñar una tabla de montos de indemnización individual teniendo en cuenta el hecho victimizante, el

daño causado, el estado de vulnerabilidad actual de la víctima, la afectación diferencial, su edad, sexo y otras condiciones de vulnerabilidad especial (artículo 111).

Si un integrante de un pueblo indígena tiene derecho a una indemnización, sus autoridades deberán adoptar medidas para prevenir la desintegración social y cultural y para que las indemnizaciones individuales y colectivas fortalezcan el proyecto de vida comunitario (artículo 109).

En los casos de muerte o desaparición forzada, se determinará el beneficiario de la indemnización individual teniendo en cuenta dos criterios. El primero, el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa. El segundo, el parentesco como parientes directos definidos según la organización o filiación social o familiar que se conserve en los pueblos y las comunidades indígenas. La unidad de Víctimas le solicitará un certificado de tal parentesco a la autoridad indígena del pueblo al que pertenece la víctima (artículo 110).

## **LAS INDEMNIZACIONES COLECTIVAS**

Las indemnizaciones a pueblos y comunidades indígenas serán preferentemente colectivas, que habrá lugar a ellas en casos de violaciones de derechos colectivos y de derechos individuales con impactos o daños colectivos y que harán parte del Plan Integral de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas (Pirpci) (artículo 109). Estas son las características de estas indemnizaciones, cómo se administrarán y cuáles son los criterios para definir su monto (artículo 114):

Para la administración de las indemnizaciones se constituyen fondos comunitarios administrados por las autoridades indígenas, los cuales se destinan a programas, planes o medidas de fortalecimiento cultural, social, político y organizativo y a sus planes de vida, escritos u orales. Estas indemnizaciones se entregan para contribuir de manera efectiva a la reparación integral de los pueblos.

Los criterios para determinar los montos de las indemnizaciones colectivas se definirán en los procesos de consulta previa de los Pirpcpi y deberán responder a las prioridades, los programas y los planes que se identifiquen. Se contemplará un mecanismo de rendición de cuentas de las organizaciones indígenas que ejecuten estos recursos ante sus comunidades y, asimismo, un mecanismo para que las organizaciones que representan al pueblo hagan seguimiento a dicha ejecución.

Si el pueblo no cuenta con una organización política y organizativa para administrar los recursos, y si está de acuerdo, se creará un comité *ad hoc* que se encargará de dicha labor. Sus integrantes, elegidos de común acuerdo, serán un representante de las autoridades indígenas elegido por el pueblo, uno del Gobierno y un representante del Ministerio Público. La rehabilitación La víctima tiene derecho a una rehabilitación física, psicológica, social y cultural, que tiene como objetivo, restablecer su autonomía individual y colectiva para que logre desempeñarse en el entorno familiar, cultural, productivo y social y ejercer sus derechos constitucionales (artículo 115).

## **GARANTÍAS JURÍDICAS A FAVOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS**

El abanico de normas en el Estado Social de Derecho no ha olvidado a este grupo de especial protección constitucional,



víctima de la violencia. Es así como el Decreto- Ley 4633 de 2011, en el apartado de medidas de protección se presentan tres grupos: protección colectiva a los pueblos indígenas, protección individual y medidas especiales de protección a los pueblos indígenas.

El decreto 4633, se presenta como la herramienta normativa de la política pública de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados en el marco de los principios internacionales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, respetando su cultura, existencia material e incluyendo sus derechos como víctimas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario y dignificar a los pueblos indígenas a través de sus derechos ancestrales. (Decreto 4633, 2011, artículo 1).

Vale la pena listar las garantías de no repetición que debe adoptar el Estado, en coordinación con las autoridades indígenas. Las siguientes son algunas de ellas (artículo 126) que por su importancia se transcriben:

- Garantizar la aplicación y el seguimiento de la Directiva del Ministerio de Defensa número 16 de 2006, sobre la forma como la Fuerza Pública se relaciona con los pueblos indígenas.
- Aplicar mecanismos de prevención y sanción contra tratos discriminatorios en los procesos de acceso a la justicia, atención humanitaria, retorno a sus territorios o estabilización socioeconómica en su nuevo lugar de reubicación.

- Fortalecer la independencia del poder judicial.
- Proteger a las autoridades indígenas, defensores de derechos humanos y a profesionales, asesores y facilitadores del derecho a la salud, a los educadores y facilitadores de otros sectores.
- Educar, de modo prioritario y permanente, a los diferentes sectores de la sociedad civil, medios de comunicación; a los funcionarios públicos (rama judicial), de la Fiscalía General y de la Fuerza Pública y del sector seguridad y a los responsables en la aplicación de la ley, entre otros, sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Jurisdicción Especial Indígena, los códigos de conducta, normas éticas, respeto a la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor, el Derecho Propio, la diversidad y la autonomía y, en particular, las normas internacionales.
- Promover mecanismos para prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales, especialmente los interétnicos o los que puedan surgir con población campesina, como por ejemplo espacios interculturales de formación en derechos humanos, étnicos y territoriales y mecanismos de resolución pacífica de conflictos.
- Promover estudios especializados sobre los impactos sociales, culturales, ambientales y económicos que han sufrido los pueblos indígenas por el conflicto y la discriminación histórica.
- Dotar de capacidad jurídica, técnica y financiera al Ministerio Público para promover y acompañar procesos judiciales y de investigación en contra de empresas y funcionarios que hayan contribuido a la violación de los derechos de los pueblos.
- Fortalecer los organismos de control.

- Establecer mecanismos efectivos de desminado en los territorios indígenas.
- Diseñar mecanismos de reincorporación cultural y social de niños, niñas y jóvenes que hayan sido vinculados al conflicto, previa consulta con los pueblos afectados.
- Garantizar que los responsables de las violaciones a los derechos de los pueblos revelen la verdad completa de los hechos y circunstancias de las mismas en los procesos de justicia.
- Difundir información sobre la importancia de los pueblos indígenas de proteger y conservar la biodiversidad, los recursos y los servicios ambientales y el valor de la diversidad cultural para el país.
- Proteger de manera real y efectiva a las autoridades y las organizaciones indígenas, atendiendo a la diversidad étnica y cultural de los pueblos, la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor y el Derecho Propio.

Las anteriores disposiciones parten del reconocimiento de víctimas de los pueblos y comunidades indígenas, en el componente individual y colectivo con ocasión de la afectación sufrida a causa del conflicto armado interno y que lesionaron de manera directa, grave y sin justificación sus derechos fundamentales y colectivos, que conllevan la mengua de su memoria histórica y ancestral.

### **ACCESO A LA JUSTICIA DE ACUERDO CON EL DERECHO INTERNACIONAL**

Las medidas serán cumplidas, siempre que el Estado garantice el acceso a justicia y los recursos para obtener las indemnizaciones por los agravios sufridos. Dicho acceso es fundamental

para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos. Por su parte, las Naciones Unidas se han comprometido a adoptar todas las medidas necesarias para que todas las personas puedan acceder a la justicia (Unidas, 2005).

El acceso a la justicia tiene una importancia particular “en vista de la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, incluida su discriminación en los sistemas de justicia penal, en particular la de las mujeres y los jóvenes indígenas. El hecho de que los pueblos indígenas estén sobre-representados en la población carcelaria es un problema de alcance mundial” (Informe del Mecanismo de expertos sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/21/52), p. 4.)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es el principal punto de partida para cualquier examen de los derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas, incluido el derecho a acceder a la justicia.

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos con los Estados, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y las normas internacionales de derechos humanos.

La Declaración es un instrumento cuyo objetivo es que se haga justicia y constituye un importante marco fundacional para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. Su aplicación puede servir de apoyo para lograr el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. Las numerosas disposiciones

pertinentes incluyen el derecho a mecanismos efectivos de prevención y reparación en relación con, entre otras cosas:

La denegación de los derechos culturales, la enajenación de tierras, territorios y recursos y la asimilación e integración forzadas (art. 8, párr. 2); la reparación por medio de mecanismos eficaces respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 11, párr. 2); la reparación justa y equitativa cuando hayan sido desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo (art. 20); los procesos para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos (art. 27); el derecho a reparación respecto de las tierras, territorios y recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 28); mecanismos eficaces para la reparación en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32, párr. 3); el derecho a desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, entre otras cosas, y sus costumbres o sistemas jurídicos (art. 34); el reconocimiento, la observancia y la aplicación de los tratados (art. 37); y el acceso a una pronta decisión mediante procedimientos y recursos respecto de las vulneraciones de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas (art. 40).

Las disposiciones de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas deberían orientar la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos en relación con el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. Entre los elementos del acceso a la justicia se cuentan el derecho

a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso.

La Declaración es coherente con la forma en que se define el derecho de los pueblos indígenas a acceder a la justicia en el Convenio N° 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y amplía dicha definición. El Convenio incluye, entre otros, el derecho de estos pueblos a acceder a procedimientos legales para proteger sus derechos humanos (art. 12) y a mantener sus propias costumbres e instituciones (art. 8). El Convenio también exige que, cuando se apliquen leyes nacionales a los pueblos indígenas, se tomen en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario (art. 8) y se instituyan los procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras (art. 14).

El derecho a un recurso y los derechos conexos procesales y sustantivos que resultan esenciales para garantizar dicho recurso están protegidos en una gran variedad de instrumentos internacionales. De manera reiterada la ONU han concluido que, al establecer disposiciones referidas a los recursos, estas deben adaptarse a la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas. Además, si no se conceden reparaciones, no se ha cumplido la obligación de ofrecer vías de recurso. Las reparaciones pueden adoptar la forma de medidas de restitución, rehabilitación u otras, tales como disculpas públicas, conmemoraciones públicas, garantías de no repetición y cambios en las leyes y prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de vulneraciones de los derechos humanos.

## **HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

Existe un marco legal que sustenta una mirada diferencial en las políticas, los programas y acciones de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada, entre los cuales están:

La Constitución Política de 1991, (arts. 7, 8, 13), el Convenio 169 de 1989 OIT (arts. 2, 4, 7) ratificado por la Ley 21 de 1991. En cuanto a la legislación existente sobre comunidades en situación de desplazamiento, los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, (principio 9), el artículo 10 de la Ley 387 de 1997, el decreto 250 del 2005, la Sentencia de la Corte T-025 y sus correspondientes Autos – 177, 178, 179, 218, 266, establecen que se debe garantizar atención especial a las comunidades indígenas sometidas a esta situación, en correspondencia con sus usos y costumbres.

El artículo 7 de la Constitución Política de Colombia, según el cual “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, tanto los mecanismos para la reparación de las víctimas como la determinación judicial de la reparación (reguladas por el decreto 3391 de 2006, artículos 16 y 17), “deberían” interpretarse como normas que supeditan la reparación de los victimarios mediante actos de reparación directa o de programas de reparación colectiva a la determinación de los pueblos indígenas y sus autoridades tradicionales para decidir de acuerdo con sus usos y costumbres siguiendo los lineamientos de su ley de origen y de su derecho mayor.

La Constitución de 1991 reconoce derechos tanto individuales como colectivos. En el caso de los pueblos indígenas,

la comunidad adquiere una importancia especial que no está adecuadamente reflejada en la dicotomía individual colectivo.

En la relevante sentencia T-380/93, la Corte declaró que una comunidad indígena es por sí misma propietaria de derechos fundamentales. Las bases de esta afirmación se hallan en los artículos 1, 7 y 8 de la Constitución, en los que se declara que Colombia es un Estado pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural así como la riqueza cultural de la nación colombiana. Con el fin de proteger apropiadamente esta diversidad, es necesario intentar comprender las muy distintas formas de vida y maneras de entender el mundo de los grupos étnicos minoritarios que existen (Olsen, 2008).

En el caso de los pueblos indígenas, la Corte admite que la realización personal de los miembros de estas comunidades se logra a través del propio grupo. Para algunos pueblos indígenas resulta incomprensible una existencia separada de su comunidad, la vida de una persona únicamente se entiende como parte integrante de un todo. Es ésta una de las razones por las que el concepto de derechos humanos individuales no siempre es fácil de entender y aceptar por los pueblos indígenas, sobre todo por aquellos que han vivido relativamente aislados de la manera de pensar occidental.

La legislación colombiana ofrece un conjunto de herramientas jurídicas que se han convertido en ventajas para los pueblos indígenas frente a otros grupos, para garantizar el control y la tenencia territorial de los pueblos indígenas.

En el ámbito internacional se cuenta con diferentes instrumentos que regulan los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos:



CONVENIO	AÑO
Convención para la eliminación de la discriminación racial	ONU, 1965
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	ONU, 1966
Pacto internacional de derechos civiles y políticos	ONU, 1966
Convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo	OIT, 1989
Convención sobre los derechos del niño	ONU, 1989
Declaración de las naciones unidas sobre pueblos indígenas	ONU, 1966
Convenio sobre la diversidad biológica	ONU, 1992

Elaboración propia

En Colombia, la posesión colectiva de tierras es un mecanismo de protección y significa asegurar a los pueblos indígenas la posibilidad de mantener su tradicional forma de vida y las prácticas económicas que garanticen su subsistencia. En lo que respecta al uso de los recursos naturales, la Corte Constitucional ha observado una diferencia entre los modelos económicos de los pueblos indígenas y la sociedad en general.

Rivera, plantea que la reparación de los pueblos indígenas es y debe ser diferente a la de las demás poblaciones, al menos en lo cultural y lo colectivo. Lo cultural considera que la reparación requiere de la identificación y el reconocimiento de criterios precisos de la vida comunitaria, que solo saben los miembros de la cultura propia de cada pueblo, y que en algún momento se buscan interpretar desde los peritajes antropológicos (Rivera, 2011).

La Corte Constitucional estableció en la sentencia T-380/93 que entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas está el derecho a la subsistencia, directamente derivado del

derecho a la vida, consagrado por el artículo 11 de la Constitución. Tras haber estipulado que la destrucción del entorno natural en el que los pueblos indígenas llevan a cabo sus prácticas económicas es una violación de su integridad cultural, social y económica al no permitir que se continúe ejerciendo la identidad del grupo.

El estudio del marco legal de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia muestra la influencia mutua entre la política y la ley y cómo se convierten ambas en instrumentos de intereses opuestos. Por una parte, la Constitución de 1991 prevé una excelente base para el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, tendencia que se vio reforzada con la ratificación del Convenio OIT N° 169.

En el caso de los pueblos indígenas, la Corte ha intentado hacer real y efectivo el reconocimiento por la Constitución de la diversidad cultural como un principio fundamental de la nación. Al realizar la difícil labor de interpretación cultural, la Corte ha mostrado que la Constitución puede ser igualmente válida y pertinente para todos los grupos étnicos y culturales que coexisten dentro de lo que la Corte denomina la nación multicultural colombiana.

La aplicación del convenio arriba citado, se fundamenta en la creación de un mecanismo, en el cual las comunidades Indígenas tienen el derecho de ser consultados previamente, en las situaciones que los puedan afectar, en cuanto a la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorio, donde los gobiernos, tienen la responsabilidad y la función de establecer junto con los pueblos Indígenas acciones y mecanismos, con la finalidad de garantizar el respeto de sus derechos y de su integridad, permitiéndoles en condiciones de equidad el acceso y protección de los derechos establecidos dentro de

la legislación nacional. Además, mediante este convenio, se deberán adoptar diferentes medidas que se dirijan a preservar las personas, la cultura y el medio ambiente en las diferentes comunidades.

Para la última revisión de este capítulo la Corte Constitucional<sup>5</sup> se pronunció sobre la expresión salvajes contenida en el Título de la Ley 89 de 1890 “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, declaró su inexecutable bajo el argumento que si bien los títulos no tiene vocación normativa, las expresiones peyorativas en ellos contenidos pueden afectar a un determinado, considerando lo diferente como incivilizado. (Sentencia, 2017).

En conclusión, el pueblo indígena es un sujeto de derecho por excelencia, por lo que todo individuo es persona y, por tanto, es sujeto de derechos, el punto de partida del derecho propio de los pueblos indígenas es que el pueblo mismo es la unidad que se constituye como sujeto de derecho.

Por su parte, Colombia ha sido un país comprometido con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, desde una perspectiva participativa que involucra a este grupo de

---

<sup>5</sup> Para la Corte, las expresiones lingüísticas empleadas en el título de la Ley 89 de 1890 para referirse a ciertos grupos étnicos y al señalar que los mismos deben reducirse a la cultura occidental como “vida civilizada”, denotan un juicio de desvalor hacia aquellos grupos sociales minoritarios o que se han constituido y sobrevivido al margen de los valores y principios culturales dominantes de la cultura occidental, el cual envuelve un trato inhumano y degradante en contra de esos pueblos y comunidades lesivo de su dignidad y de evidente contraposición con el pluralismo, la preservación de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación y el respeto de la autonomía de pueblos ancestrales

especial protección constitucional en la construcción de su territorio y de las decisiones políticas que los afectan, en un reconocimiento constitucional legal de sus derechos, donde se convierte en actores, artífices de su identidad que a su vez se subsume en la identidad nacional, dando con ello lugar a un desarrollo armónico del Estado, porque donde se respetan las diferencias ahí hay Estado.

Por último, las herramientas jurídicas de la legislación colombiana se constituyen en medios idóneos para garantizar los derechos a los pueblos indígenas, para fortalecer su identidad y proteger sus territorios ancestrales; lo que redundará en la perennidad de su cultura y en un territorio donde la diversidad, la pluralidad y el respeto sean las banderas que lideren la integración de los colombianos.

## REFERENCIAS

Ministerio del Interior y de Justicia Dirección de Etnias Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Atención a la Población Desplazada. (2006). *Directriz para la Prevención y Atención Integral de la Población Indígena en Situación de desplazamiento y riesgo*. Bogotá.

Bacca Benavides, P. I. (2010). Los Derechos Indígenas en la Era del Reconocimiento.

Comité Distrital de Infancia y Adolescencia. Subdirección para la Infancia. (2011). *Documento técnico borrador. Niños, niñas y adolescentes afectados por conflicto armado*.

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005).

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Departamento Nacional de Estadística. (2007). *Colombia una Nación Multicultural*. Bogotá, D.C.

(2011). *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*. Nueva York: indígenas, aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos.

Humanos, I. I. (2006). *Desplazamiento indígena y política pública: Paradoja del reconocimiento ACNUR*. San José de Costa Rica.

(s.f.). *Informe del Mecanismo de expertos sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/21/52)*, p. 4.

Juristas, C. c. (2013). *II Informe de seguimiento al proceso restitución de tierras octubre*. Bogotá.

Martínez, M. I. (2011). Ampliando el canon investigador sobre la participación política de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*. Retrieved from, pp. 71-78.

Olsen, V. (2008). *marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*.

Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Documentación de las Naciones Unidas. Guía de Investigación*.

Organización de Naciones Unidas. (s.f.). *Observación general N° 31 del Comité de Derechos Humanos, párr. 16*.

Patiño Posse, M. (1999). En M. Patiño Posse, *Derecho Ambiental Colombiano*. Bogotá: Legis.

Rivera, R. G. (2011). *Reparación a pueblos indígenas. Debates, aprendizajes y perspectivas.*

Sentencia, C 496. (Corte Constitucional 1998).

Sentencia, C-371. (Corte Constitucional 11 de junio de 2014).

Sentencia, C-135. (Corte Constitucional 2017).

Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela. (s.f.). *Los pueblos indígenas en Colombia Derechos, Políticas y Desafíos.* Bogotá.

Unidas, O. D. (2005). *Resolución 60/147.*



UN COLECTIVO CON UNIFICACIÓN  
JURISPRUDENCIAL A SU FAVOR:  
POBLACIÓN CON DISCAPACIDAD \*

*Nohora Elena Pardo Posada*  
*José Guillermo Carrillo Ballesteros*

---

\* El presente capítulo es producción académica del sub-proyecto Perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano, generado bajo el proyecto Decisiones Judiciales, derechos colectivos y deuda pública vinculado al grupo de investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Libre, Sede Bogotá.





“La reflexión sobre la discapacidad suele hacerse desde movimientos o personas que, de una forma u otra, poseen alguna relación personal con esta cuestión. Sin embargo, la discapacidad es algo que nos debe interesar a todos porque es una situación que nos afecta a todos. Y esto es mucho más evidente cuando acercamos esta cuestión al discurso de los derechos” (Rafael Asis).

## **INTRODUCCIÓN**

Día a día, el orden mundial ha extendido su mirada hacia las personas con discapacidad, brindando protección científica, económica, jurídica y social a esta población. En la actualidad, los estados promueven acciones afirmativas y negativas para la eficaz protección y goce de los derechos a quienes presentan algún grado de discapacidad. Es así como los organismos internacionales y locales han liderado propuestas para evitar la discriminación y marginación, presentando tal condición como objeto de regulación.

Asis (2015, p. 35) plantea que para comprender y efectivizar las garantías a favor de la población con discapacidad es necesario efectuar cambios en la teoría de los derechos, como también en el significado de *discapacidad*. En relación con la teoría de los derechos, la discapacidad esta en estrecha relación con tres principios: *dignidad humana, igualdad* y

*accesibilidad universal*. Si bien son derechos humanos, estos protegen a un colectivo que en ocasiones es sujeto de discriminación a cargo del Estado y de la misma sociedad.

Seguidamente, Asis expone los argumentos de Amartya Sen, para reivindicar a las personas con discapacidad. Afirma que es un error de “las teorías de la justicia el considerar como moralmente irrelevantes los casos de las personas con discapacidad y de los enfermos físicos o mentales” (2015, p. 55). Además, presenta su teoría a partir de la capacidad que no será lo mismo para las personas con discapacidad. Por otra parte, Nussbaum sostiene que un problema de la justicia social es no haber abordado a fondo la discapacidad física y mental; en términos precisos, “El problema de extender a estas personas la educación, la asistencia médica, los derechos y las libertades políticas, y en general la igualdad como ciudadanos, parece un problema de justicia y un problema urgente” (p. 62).

Ahora bien, hay claridad en la academia con los derechos humanos de la persona con discapacidad; no obstante, en el presente documento se abordará el tema desde las garantías constitucionales, la jurisprudencia y la normatividad que propugnan por los derechos del colectivo con discapacidad.

En el presente capítulo se presentan los resultados del subproyecto desarrollado en el marco del proyecto: Decisiones Judiciales, derechos colectivos y deuda pública. El cual pretende con motivo de los 25 años de existencia de la Corte Constitucional, efectuar una reflexión crítica en materia del campo del neo-constitucionalismo, específicamente relacionado con los derechos colectivos. Para ello se han comprometido varios Investigadores pertenecientes a diversos Grupos de Investigación, se desarrolló con el auspicio de la facultad de derecho de la universidad Libre y el centro de investigaciones.

La delimitación parte de un colectivo con amplias garantías, tanto constitucionales como legales, sumado a ser uno de los tres temas que cuenta con sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado a la fecha.

La metodología empleada es analítica y parte de la revisión de los pronunciamientos de orden legal y jurisprudencial para el tema de la población con discapacidad, en el marco cualitativo.

## **DERECHOS COLECTIVOS**

En la noción clásica del derecho subjetivo presenta como antecedente a un ser supremo que puede asumir la forma de dios o príncipe, “entendido como ser total, como ser supra-individual, como legislador y juez anterior y superior a los seres individuales, a los hombres y mujeres concretos de carne y hueso” (López, 2004, p. 8). En esta afirmación lo individual en su universalidad da sentido a lo colectivo y se traduce en la necesidad jurídica de protección del sujeto individual, como se observa en las constituciones del Estado liberal con las garantías de igualdad y libertad y su consecuente participación política desconociendo a la clase (De Cabo, 2006, p. 24). No obstante, el interés general será el germen de los *derechos colectivos*, como bien lo señala López Calera (López, 2004, p. 10), haciendo alusión a la revolución francesa y los derechos reconocidos para la protección individual son sus límites: la soberanía de la nación y ley.

En el tema de las personas con discapacidad, los derechos de solidaridad asumen un papel decisivo para el pleno ejercicio de los derechos de esta población, en razón a que podrán accionar el aparato judicial, ya no solo de forma individual

sino como grupo con características y necesidades (Sentencia, C-377, 2002).

En el desarrollo de los derechos colectivos previstos en el ordenamiento constitucional, la *acción popular* funge como garantía procesal constitucional para la debida protección y conservación ante acciones y/o omisiones que puedan afectar a causa de los particulares o las entidades públicas. De ahí la importancia de su análisis en las páginas que siguen.

Ahora bien, en un mundo individualista, la mirada se traslada a diferentes colectivos. Con ocasión de ello, organizaciones internacionales han señalado pautas para la debida protección de colectivos para el caso de discapacitados. La organización de Naciones Unidas en su convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, sostiene que la discapacidad “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Organización de Naciones Unidas; 2016).

Así es que, Colombia adopta la convención y el protocolo (Ley 1346, 2009), posteriormente establece las disposiciones para la protección de personas con discapacidad mental y la representación legal de incapaces emancipados (Ley 1306, 2009). A favor de este colectivo se presenta un instrumento jurídico dirigido a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en la Ley 1618, 2013. Sumado al régimen sustantivo, la jurisprudencia ha establecido precedente en materia de discapacitados.

## **ACERCAMIENTO NORMATIVO A LA DISCAPACIDAD**

La Corte Constitucional es la encargada de variar la concepción tradicional de discapacidad como sinónimo de enfermedad. Para ello se funda en el tratamiento especialísimo de protección constitucional reforzada a favor de las personas con discapacidad que impone al Estado el deber de otorgar las herramientas para “enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar su condición” (Sentencia, 2014).

La primera regulación a favor de los discapacitados a cargo de organismos internacionales es la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, contenida en el preámbulo y 50 artículos donde se hace expresa manifestación al principio de igualdad y de no discriminación (art. 5). En relación con los grupos sujetos de la convención se presenta a las mujeres con discapacidad (art. 6), niños y niñas (art. 7). A su vez, los artículos 10 a 30 consagran los derechos de las personas con discapacidad (Roca, 2012, p. 29).

La mencionada convención consagra la noción de discapacidad en los siguientes términos: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1).

En el ámbito local, el legislador adoptó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006 (Ley 1346, 2009). Posteriormente, para garantizar

y asegurar el ejercicio efectivo sus derechos, la ley 1346 de 2009 asignó la responsabilidad de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad a las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad, en treinta y dos artículos. Igualmente, enlistó el catálogo de garantías y acciones afirmativas, imponiendo que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de los derechos a esta población (art. 5). Cabe decir que en los artículos finales dispone la evaluación de la eficacia de estas acciones por parte del Consejo Nacional de Discapacidad, cada cuatro años (art. 27).

Se crea el sistema Nacional de Discapacidad, a cargo de impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar los derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos (Ley 1145, 2007). Esta normatividad señaló los principios de la política pública del sector, a saber: enfoque de derechos, equidad, solidaridad, coordinación, integralidad, corresponsabilidad social, sostenibilidad y concertación a través del diálogo y la comunicación (art. 3).

Cabe recordar, en este apartado las políticas públicas que han girado en torno al tema con discapacidad. Inicialmente, en el año 2004, el documento CONPES 80 presentó la Política Pública Nacional de Discapacidad, que articulaba al sector público, privado y población civil, bajo las metas propuestas en el Plan Nacional de Desarrollo 2002 - 2006, hacia un Estado comunitario apoyado en la prevención del riesgo, mitigación y

superación de la discapacidad para las personas, sus familias, organizaciones no gubernamentales, el Estado, la sociedad y sus instituciones.

El documento CONPES 80 se orientó a evitar la discriminación y exclusión social a través de estrategias para la igualdad de oportunidades y el acceso a bienes y servicios, al mercado laboral, seguridad social, protección de los derechos humanos al igual que la búsqueda de la habilitación y rehabilitación integral de la discapacidad (Ministerio de Salud, 2009).

Partiendo de la necesidad de regular el tema para el caso específico de la Fuerza Pública, en el año 2009, el CONPES 3591 crea el Sistema de Rehabilitación Integral para la Fuerza Pública, dirigido a la rehabilitación integral de este colectivo. En conexidad con estos parámetros el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas –PNARIV<sup>1</sup> y en particular el CONPES 3726 de 2012 establecieron “el contexto de caracterización 10 general sobre las víctimas del conflicto, consideraciones sobre la oferta institucional y referentes normativos, que incluyen la identificación desde la perspectiva diferencial de niños, niñas y adolescentes, género, discapacidad y grupos étnicos” (Ministerio de Salud, 2013).

Ahora bien, la formulación de la política pública para la población con discapacidad no solo obedece a la problemática del sector, sino que va unida al cumplimiento de los exhortos efectuados por la Corte Constitucional, fundados en el artículo

---

<sup>1</sup> Conforme con el documento del Ministerio de Salud y Protección social: Situación Actual de Personas con discapacidad publicado en el mes de julio de 2015, en Colombia 6.033 personas indicaron haber adquirido su discapacidad debido al conflicto armado, de estas el 56.9% especifican que fue por arma de fuego. file:///C:/Users/NOHORA%20PARDO/Downloads/Sala-situacional-discapacidad-Nacional-agosto-2015.pdf



47 que establece a favor de las personas con discapacidad los siguientes derechos:

“[...] una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor [...] requiere el desarrollo de políticas públicas que den cuenta de su atención diferencial y se enfoquen en brindar las condiciones para el goce efectivo e integral de sus derechos y la defensa de sus intereses, eliminando barreras que impidan la integración de las personas con discapacidad. Se habla entonces de adoptar medidas que se ajusten al modelo social de discapacidad, “[e]l modelo social inspirado en tales ideas, sugiere tres conclusiones importantes: (i) que la discapacidad no es “de la persona”, sino el resultado de su exclusión en la participación social; (ii) que la exclusión no es inevitable como se piensa, al punto en que es posible imaginar una sociedad que ha solucionado el problema de la integración social en su conjunto, y (iii) que es correcto reconstruir el concepto de personas con discapacidad, como una categoría social de personas que han sido excluidas de los estándares tradicionales de la sociedad y no simplemente como un concepto que identifica a personas que han padecido circunstancias personales de limitación” (Corte Constitucional, 2013).

A su vez, la política pública de discapacidad se ejecuta por las entidades del orden territorial, a través de los comités territoriales de discapacidad, cuyo funcionamiento y elección de sus miembros se surte de conformidad con las directrices establecidas por el Ministerio de Salud (Social, 2012) que asumió como manual el documento ABC para la operatividad de los comités territoriales de discapacidad (art. 20).

Es importante señalar que los amparos legislativos van más allá de establecer derechos y garantías propendiendo por la equidad e igualdad. Entre otros aspectos, se ha consagrado a

favor de este colectivo el fomento, promoción y prevención de las habilidades, talentos y manifestaciones artísticas y culturales que se constituyen en modelo de superación personal, de estímulo a la generación de ingresos y de reconocimiento y apropiación social de las potencialidades de las personas en situación de discapacidad, con prevalencia en los niños y las niñas (Ley 1237, 2008).

### **CIFRAS DE LA DISCAPACIDAD EN COLOMBIA**

En el documento CONPES 166, por el cual se establece política pública nacional de discapacidad e inclusión se presenta la siguiente información de orden cuantitativo: según resultados del Censo del Dane del año 2005, existen 2.624.898 de población con discapacidad en el país, que corresponde al 6,3% del total de la población (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 19).

Se ha entregado al Ministerio de Salud y Protección social la función de Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad. Este instrumento permite obtener información precisa, continua y actualizada de las personas con discapacidad, localizarlas y caracterizarlas desde las Unidades Generadoras de Datos (UGD), Controlada y monitoreada desde el nivel municipal y departamental y consolidado a nivel nacional (Ministerio de Salud y protección social; 2016).

Las cifras muestran que en el país el porcentaje de discapacidad es mayor en hombres, esta se genera desde la infancia hasta los 44 años, disminuyendo para el género masculino y aumentando a partir de allí para las mujeres. Otro dato a destacar es el tipo de alteración más frecuente: la movilidad en

manos y piernas con 534,213 personas (Ministerio de Salud, 2013):

“La movilidad del cuerpo, manos, brazos y piernas, con una prevalencia del 25%. Dado que la cobertura del RLCPD es progresiva y constituye la fuente oficial de datos sobre discapacidad, se menciona la última cobertura disponible. Sin embargo, se complementa el análisis con otras fuentes como la ECV 2012 y SISBÉN. 21 50,3%, seguida de las alteraciones de los ojos y las alteraciones del sistema nervioso con un 41% y de los oídos con 19%. Las alteraciones menos frecuentes están relacionadas con deficiencias en el olfato, tacto y gusto, que representan cerca del 3,4%<sup>26</sup> de la prevalencia. Este comportamiento es similar para hombres y mujeres, con la diferencia que en los hombres el tercer tipo de alteración más frecuente es la de los ojos, mientras que en las mujeres esta corresponde a la alteración del sistema cardiorespiratorio e inmune. Según la ECV (2012), el 4,7% de los encuestados reportó tener por lo menos una limitación, siendo la dificultad para moverse o caminar, la de mayor prevalencia, lo cual coincide con las cifras del RLCPD, que ubican esta causa como la primera en prevalencia, con un 34% dentro de las PcD<sup>27</sup>” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 19 -20).

Revisado el documento del Ministerio de Salud y Protección Social denominado situación actual de las personas con discapacidad de agosto de 2015, puede apreciarse de manera cuantitativa el enfoque diferencial de esta población, como se presentó en párrafos anteriores según el censo del Dane para el 2005, las personas con discapacidad en Colombia correspondían a 2´624.898. Desafortunadamente para el año anterior, la cifra aumentó a 3´051.217 (Ministerio de Salud y Protección Social; 2015). El estudio muestra también las limitaciones más frecuentes en la población colombiana: en primer lugar el uso

de lentes o gafas con un 43,4%, seguida de Moverse o caminar con un 29,3%; y las limitaciones para bañarse, vestirse, alimentarse por sí mismo (9,5%) y relacionarse con los demás (9,9%).

Las cifras expuestas son de gran ayuda al momento de considerar que la población con discapacidad es un número importante de colombianos y como lo ha dicho la organización mundial de la salud, va en aumento (Organización Mundial de la Salud; 2011), lo cual impone al Estado el deber de políticas públicas articuladas, suficientes y acordes con las diversas capacidades, bajo el enfoque diferencial para la rehabilitación y tratamiento.

## **LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TÉRMINO DISCAPACIDAD**

Mediante acción pública de inconstitucionalidad, el máximo tribunal conoció de la pretensión que buscaba retirar del ordenamiento jurídico la terminología empleada por el legislador para regular la condición de discapacidad, y en particular, expresiones afines a discapacitado, inválido, limitado, sordo, minusválido, persona con capacidades excepcionales y disminuido, contenidas en las Leyes 100 de 1993, 115 de 1994, 119 de 1994, 324 de 1996, 361 de 1997, 546 de 1999, 860 de 2003, 797 de 2003, 1114 de 2006, 1438 de 2011 y 1562 de 2012 y/o obtener un fallo modulado al respecto de estos signos lingüísticos.

Fue así como la corte en sentencia C-458 de 2015 se pronunció de fondo, considerando los alcances de un término lingüístico en relación con las facultades del juez constitucional. Presenta para ello dos teorías antagónicas al respecto negando todas las posibilidades de asumir conocimiento

y aquella donde lo legitima con el argumento de ampliar el escrutinio judicial, independientemente de los efectos jurídicos ( Sentencia C-458, 2015) y para sustento cita:

En contraste con esta tendencia, en algunas oportunidades el juicio de constitucionalidad se ha extendido a la terminología legal como tal, sobre la base de que el léxico jurídico no solo tiene una función instrumental, como mecanismo para la regulación de la conducta humana, sino que también tiene una función simbólica, en tanto los discursos jurídicos representan, reproducen, crean, definen y perpetúan “concepciones del mundo, valores, [...] ideas, cosmovisiones, valores y normas (Sentencia C-806, 2006).

Reafirma esta posición en materia de la norma que contiene el término discapacitado, no en un examen lingüístico, sino en la trascendencia que ostenta esta terminología y cómo es aplicada por el legislador:

El examen del operador jurídico no está orientado a evaluar en abstracto la constitucionalidad de un signo lingüístico, ni a avalarlo o vetarlo en general, sino a considerarlo en el contexto lingüístico y extra lingüístico específico del que hace parte. No se trata, entonces, de determinar si en general los vocablos “*discapacitado*”, “*minusválido*” o “*inválido*” son incompatibles con la dignidad humana o con la prohibición de discriminación, sino si la utilización de tales expresiones, en el marco específico en el que se encuentran, desborda las competencias del órgano de producción normativa, por transmitir un mensaje implícito cuya emisión le estaba vedada (Sentencia C-458, 2015).

Se expone en la providencia en comentario, la noción del bloque de constitucionalidad y la necesidad de acudir a éste para la debida interpretación de los preceptos demandados. Para ello, presenta la normatividad internacional al respecto:

Uno de los documentos regionales más relevantes y que ha sido constantemente mencionado por la jurisprudencia constitucional es la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999, e incorporada al derecho interno mediante la Ley 762 de 2002. Ésta tiene como objetivo central contribuir a la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad.

Otros instrumentos internacionales sobre los derechos de este grupo son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –documento del sistema universal de protección de derechos humanos que se considera que ha asumido un enfoque de vanguardia-, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23). También existen numerosas declaraciones y recomendaciones: la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas de 1948, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la ONU del 9 de diciembre de 1975, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983, la recomendación 168 de la OIT de 1983, el Convenio 159 de la OIT “*sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas*” aprobado mediante la Ley 82 de 1988; la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, la Declaración de Copenhague, la Observación General No. 5 sobre las personas

en situación de discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros (Sentencia C 458, 2015).

En otro apartado, presenta los diferentes enfoques en relación con discapacitados y afirma cómo el modelo es predominante en Colombia y permite la participación de las personas con discapacidad en la definición de sus intereses, prioridades y necesidades dentro de la sociedad, lo que conlleva a la integración de las personas en la sociedad y propicia la autonomía de esta población.

La decisión fue la declaratoria de exequibilidad, por cuanto no pudo constatar un trato discriminatorio no obstante en el artículo dos de la providencia y se estableció una modulación y por tanto se habla hoy de *personas en situación de discapacidad*, cuando la ley se refiera a “los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales” (Sentencia C-458, 2015).

En reciente pronunciamiento, la Corte constitucional emitió sentencia integradora<sup>2</sup> al analizar la constitucionalidad de la ley 1306 de 2009, artículo 25 y efectúa un amplio estudio del lenguaje jurídico y los casos donde éste es considerado

---

<sup>2</sup> “son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades –interpretativas, aditivas o sustitutivas–, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que 32 le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador”

discriminatorio, presentando sus precedentes en materia de discapacidad a partir del año 2003, cuando la corte analizó algunos artículos del código civil y realizó el estudio sobre la evolución histórica del concepto de discapacidad desde la polis griega hasta la Ley 361 de 1997, para concluir que:

“[...] la elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. En un comienzo, el tema se abordó para efectos principalmente civiles y penales; en el S. XX, como se ha visto, se amplió considerablemente el panorama hacia el derecho laboral, la seguridad social y la educación, vinculando además la situación que padecen estas personas con los derechos fundamentales, en especial, con los derechos a la dignidad humana y la igualdad formal y material. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión, por lo cual, es usual encontrar legislaciones internas que no se adecuan a los avances científicos en materia de discapacidad” (Sentencia, 2003).

Siguiendo con la sentencia C-043, la Corte hace alusión a las sentencias integradoras y su importancia para la conservación del ordenamiento jurídico. Para el caso en mención, asume su propio precedente expuesto en la providencia C-458 de 2015. Posteriormente, efectúa el análisis puntual de la expresión demanda y considera que la norma 1306 no vulnera los derechos de las personas con discapacidad conforme al test<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> sentencia C-042 de 2017, según la cual se deben tener en cuenta: “(i) La función de la expresión. (ii) La ubicación de la expresión en un sistema complejo de normas que interactúan con otras para lograr sus objetivos.



de constitucionalidad frente al lenguaje efectuado (Sentencia, 2017). No se constató que el legislador al utilizar la expresión *discapacitado* lo hiciera de manera peyorativa y en consecuencia, la ratio se fundó en “no debe entenderse como una connotación negativa sino como la mera descripción de una situación específica de personas en situación de discapacidad” (Sentencia, 2017).

La *obiter* expuesta es abundante y hace necesario su mención de manera textual cuando confronta el Estado social de derecho y el concepto de discapacidad:

“La perspectiva constitucional colombiana concentra el concepto de la discapacidad en la falta de adaptación del entorno y de la sociedad para entender las diferencias orgánicas y funcionales como un resultado de la diversidad humana. Para el Estado Social de Derecho establecido por la Constitución Política, no existen seres humanos completos o incompletos, sino que todos son, por el hecho de ser humanos, totalmente plenos en su dignidad y derechos, por lo que el modelo social de discapacidad resulta compatible con la Carta” (Sentencia, 2017).

A tono, con los pronunciamientos jurisprudenciales, el pasado 17 de febrero de 2017, se dio a conocer la *Guía de atención a personas con discapacidad acceso a la justicia*, que enlista nueve categorías de discapacidad: movilidad, sensorial auditiva, sensorial visual, sensorial gusto, olfato, tacto, sistémica, mental cognitiva, mental psicosocial, voz y habla, piel, pelo y uñas (Ministerio de Justicia; 2017, pp. 15-18). Adicionalmente, presenta una lista de 19 términos para

---

(iii) El objetivo imperioso perseguido por las normas en que se encuentran las expresiones, cuya declaratoria de inexecutable generaría efectos negativos a la población beneficiaria.

referirse de manera correcta a las personas con discapacidad: por ejemplo, *mudo*, persona no verbal; neurótico, persona con neurosis. Sumado a lo anterior. en el capítulo ocho expone los obstáculos a que está sometida esta población y las recomendaciones para su atención, haciendo un paralelo de las conductas no permitidas y las permitidas verbigracia: “No asimile a las personas con discapacidad a incapaces o inútiles, diciéndoles que deben traer un acompañante, que ellas solas no pueden solicitar servicios de justicia, actuando como que no pueden decidir” (p. 26). Paso seguido, presenta los retos que debe asumir el operador judicial para el efectivo acceso a la administración de justicia. Capitulo seguido de sugerencias para la atención, dependiendo de la discapacidad y por último los apoyos tecnológicos para el acceso de las personas con discapacidad a la justicia reglados por la ley 1618 de 2013. Se presenta esta guía como un instrumento que respeta y protege a las personas con discapacidad, su uso adecuado y continuo contribuirá, en buena medida, al pleno ejercicio de los derechos frente a la administración de justicia.

## **EL CONSEJO DE ESTADO: PROTECCIÓN EN SEDE POPULAR**

Una acción popular se dirigió contra el municipio de Sabanalarga, Atlántico, para la protección de los *derechos colectivos* al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”, “la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes” y “el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”, derechos presuntamente vulnerados por la falta

de señales sonoras en los semáforos que existen sobre las vías principales del municipio, para que puedan ser interpretadas por las personas que tienen limitaciones visuales. Las actuaciones de instancia negaron las pretensiones de la acción por carencia de objeto: en el municipio de Sabanalarga no hay semáforos.

Ante el fracaso en primera y segunda instancia se propuso un procedimiento eventual de revisión, el cual fue admitido por la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con los derechos de las personas en situación de discapacidad.

A continuación se presentan los aspectos de mayor relevancia en la unificación efectuada por la Sala Plena, la revisión de la sentencia de acción popular seleccionada por la Sección Tercera -mediante auto del 23 de marzo de 2011-, proferida el 18 de febrero de 2010 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, con fallo en revisión eventual el 8 de octubre de 2013 que exhortó a la administración pública a que cumpla los deberes de protección, prevención y cuidado que tienen sobre las personas que padecen discapacidad, en los términos de esta sentencia de unificación. Esto se planteó, siguiendo la orientación de la jurisprudencia analizada en la providencia que se comenta a continuación.

### **Revisión sin límites**

En sentencia de unificación se destacó el alcance de la labor judicial desempeñada por el juez al momento de revisar la acción popular, partiendo de la distinción entre el recurso de apelación y el procedimiento eventual. Así, el análisis de la diversidad del recurso y el mecanismo parten de la congruencia y la no *reformatio in pejus* propias del recurso de apelación

contra la sentencia en sede popular, en relación con los límites que se imponen al superior, que inexorablemente queda atado a las solicitudes efectuadas por el apelante. No sucede lo mismo en la revisión eventual donde el juez por la materia de los derechos que se pretenden proteger podrá llegar a adecuar las peticiones en salvaguarda de los *derechos colectivos*.

Para no aplicar límites al momento de resolver una revisión eventual, el fundamento fue en los siguientes términos: el juzgador en revisión no está limitado a la resolver la petición según el argumento dado como si lo haría en los recursos interpuestos; en segundo lugar, la revisión se concede para unificar jurisprudencia, no para estudiar la sentencia en abstracto, hecho que le otorga libertad a la hora de decidir al Consejo de Estado, sin estar atanco a los argumentos de las partes o del ministerio público (Consejo de Estado, 2013).

A su vez, las facultades para unificar jurisprudencia revisten al fallador de poderes no compatibles en los recursos. Al respecto se sostiene

“la revisión de la sentencia supone la posibilidad, en manos de la Sala Plena, de examinar la providencia que revisa para estudiar e identificar los aspectos o temas que deben ser objeto de unificación jurisprudencial, más los que le son consustanciales o inmanentes -porque se derivan del tema a tratar-, para aplicar ese análisis, finalmente, al caso concreto y determinar si fue acertado o desacertado el fallo que se examina. Si el estudio conduce a confirmar la providencia, entonces de esa manera se resolverá el caso, al contrario se revocará y se dictara una nueva decisión” (Consejo de Estado, 2013).

Ahora bien, el juez en sede popular debe resolver, de manera concreta sobre todos y cada uno de los *derechos colectivos* invocados por el actor. Es posible que los derechos reclamados no

sean los que ciertamente están en peligro en el caso *sub iudice*, aunque el demandante así lo considere<sup>4</sup>. En esta situación se impone al juez el deber de adecuar o subsumir los hechos que se le ponen de presente a los derechos amenazados o vulnerados, con lo cual podrá impartir la orden protectora, siempre que los hechos alrededor de los que se trabó la *litis* hayan sido los mismos desde que empezó el proceso, garantizando el derecho de defensa del demandado.

Dice el Consejo de Estado:

“En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido, como lo plantea el apoderado de la sociedad contratista demandada, que en tratándose del principio de congruencia en acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso se flexibiliza o relaja, para permitir que el juez no esté necesariamente vinculado en relación con algunos aspectos que podrían sistematizarse de la siguiente forma: i) en relación con las medidas deprecadas en la demanda para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, toda vez que de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados, ii) en cuanto concierne a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados expresamente en la demanda, siempre y cuando la acusación de su vulnera-

---

<sup>4</sup> Aclara la sentencia que en razón a las condiciones del actor popular no es posible exigirle la técnica o los conocimientos precisos sobre el tema. “No se olvide que el actor popular es un lego, y no tiene que conocer el *nomen iuris* de los derechos que, pese a ello, el constituyente y el legislador le autorizaron que trate de proteger”.

ción se desprenda de las circunstancias fácticas narradas en la causa *petendi* de la demanda, y iii) en relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando estén relacionados con los supuestos fácticos establecidos en la demanda. En otros términos, el juez de la acción popular podrá abordar el estudio de nuevos hechos que vayan apareciendo a lo largo del proceso, siempre y cuando aquellos tengan relación con la causa *petendi* formulada en la demanda. (...)“Y en ese orden de ideas, la Sala a partir de la constatación anterior ha recurrido a la ponderación para establecer una postura intermedia que permita atemperar la citada confrontación que existe entre la idónea protección a derechos colectivos amenazados, y los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Por consiguiente, se ha elaborado una línea jurisprudencial que reconoce la amplitud con que cuenta el juez de la acción popular para adoptar y determinar todo tipo de medidas (de dar, hacer o no hacer) encaminadas a la satisfacción y garantía de los derechos cuya trasgresión se haya verificado; de otra parte, se ha avalado la posibilidad con que cuenta el juez de la acción popular de estudiar hechos que se produzcan a lo largo del proceso, y que por lo tanto no fueron planteados desde el inicio de la demanda, siempre y cuando los mismos tengan una relación con la causa *petendi* fijada en aquella, así como la posibilidad de amparar derechos colectivos disímiles a los precisados en el libelo introductorio, siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso. (...)“Así las cosas, la Sala no prohija una hermenéutica que circunscriba o limite las facultades reconocidas en el artículo 34 de la ley 472 de 1998, en cabeza del juez constitucional de la acción popular, a contrario *sensu*, la interpretación avalada garantiza que en la sentencia se puedan amparar derechos colectivos no contenidos o precisados con el escrito de demanda; que estudie hechos nuevos que han tenido su desarrollo o producción a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan su génesis en la misma conducta que se censura o reprocha con el libelo

introdutorio, así como la posibilidad de que el administrador de justicia decreta diversidad de medidas encaminadas o tendientes a la garantía efectiva de los derechos colectivos, sin que se encuentre de manera alguna limitado por el marco trazado en la demanda” (Consejo de Estado, 2009).

La adecuación que realiza el juez de los derechos colectivos involucrados, amenazados en la acción popular para la jurisprudencia se apoya en el principio *iura novit curia*, según el cual basta con que al juez le acrediten los hechos –por lo menos en las acciones populares– para que con su conocimiento técnico pueda aplicar el derecho que corresponde a las circunstancias fácticas que se discuten.

### **Marco legal para unificación de discapacitados**

Se soporta la protección de los *derechos colectivos* en la inobservancia del artículo 63 de la Ley 361 de 1997, que dispone: “En las principales calles y avenidas de los distritos y municipios donde haya semáforos, las autoridades correspondientes deberán disponer lo necesario para la instalación de señales sonoras que permitan la circulación segura de las personas con limitación visual”.

El amparo legal a este grupo de personas parte de la Ley 105 de 1993, artículo 3 que establece las condiciones especiales para acceder al servicio público de transporte, a en el mismo sentido la ley 769 de 2002<sup>5</sup> que entra a definir la

---

<sup>5</sup> Congreso de la República. Ley 769 de 2002 “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones, establece, en el artículo 1, que: “En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política, todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes, especialmente de los peatones

discapacidad y a señalar las limitaciones a este grupo en su condición de peatones”<sup>6</sup>.

La norma que concentra las garantías de la población con limitaciones físicas es la Ley 361 de 1997 que regula temas como el acceso a la salud<sup>7</sup>, la educación<sup>8</sup>, la cultura<sup>9</sup>, la integración laboral<sup>10</sup>, la economía<sup>11</sup>, la accesibilidad a la

---

y de los discapacitados físicos y mentales, para la preservación de un ambiente sano y la protección del uso común del espacio

- <sup>6</sup> El sujeto de la incapacidad se encuentra descrito por el artículo 2 ibídem, como aquel con disminución de sus capacidades mentales o físicas, por su parte en el artículo 59 se establecen las limitaciones a los peatones personas con trastorno mental, bajo el infljo del alcohol, drogas, medicamentos, invidentes, sordomudos, menores de 6 años y ancianos quienes deben estar acompañados al cruzar una vía pública.
- <sup>7</sup> Se impone al gobierno en el artículo 7 labores de prevención y promoción de las minusvalía como: el control pre y post natal, el mejoramiento de las prácticas nutricionales, el mejoramiento de las acciones educativas en salud, el mejoramiento de los servicios sanitarios, la debida educación en materia de higiene y de seguridad en el hogar, en el trabajo y en el medio ambiente, el control de accidentes, entre otras. Lo previsto en este artículo incluye las medidas de apoyo, diagnóstico de deficiencia, discapacidad y minusvalía y las acciones terapéuticas correspondientes realizadas por profesionales especializados en el campo médico, de la enfermería y terapéutico.”
- <sup>8</sup> Prohíbe la discriminación para acceder al servicio público de educación, concordante Ley 115 de 1994.
- <sup>9</sup> Para ello se establece el suministro de recursos humanos, técnicos, económicos y el acceso a las bibliotecas mediante servicios especiales para discapacitados, regulado en el artículo 15.
- <sup>10</sup> Impone adoptar una política de empleo para discapacitados, que se materializó en Documento 166 del Consejo Nacional de Política Económica y Social, departamento Nacional de Planeación, diciembre 9 de 2013.
- <sup>11</sup> Diferenciación de los billetes que se elaboran a cargo del Banco de la República, se llevó a cabo a finales de 2010 a través de la un elemento en alto relieve, en sistema braille.



edificaciones, tanto públicas como privadas<sup>12</sup>, el acceso a los espectáculos públicos<sup>13</sup>, el transporte<sup>14</sup>, la señalización vial<sup>15</sup> y las comunicaciones<sup>16</sup>.

La Ley 762 de 2002, aprobó el tratado de protección contra la discriminación que sufren las personas discapacitadas, suscrito en Guatemala el 7 de junio 1999. En este documento se regula la discriminación contra las personas con discapacidad y busca la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra este colectivo y propicia su plena integración en la sociedad.

La reglamentación de la ley llevó a expedir el decreto 1660 de 2003 para la accesibilidad a los modos de transporte de la población en general y en especial de las personas con discapacidad, en materia de infraestructura. Por su parte, el decreto 1538 de 2005 establece las pautas para la construcción en espacio públicos, respetando los derechos de los discapacitados. En especial, dispone lo relacionado con andenes, senderos, cruces peatonales, cebras, rampas de acceso a los sótanos de las edificaciones –mobiliario urbano, cruces a desnivel, puentes y cruces peatonales, parques, plazas y plazoletas, zonas de parqueo, accesibilidad en estacionamientos, accesibilidad de los edificios abiertos al público– acceso a los

---

<sup>12</sup> Se ordena que las edificaciones públicas y privadas adecuen su acceso para los discapacitados.

<sup>13</sup> Se impone un aforo del 5% para todos los espectáculos públicos, recreacional o cultural a favor de los discapacitados.

<sup>14</sup> Medidas tendientes a garantizar la adaptación progresiva del transporte, artículo 61.

<sup>15</sup> Instalación de señales sonoras en los semáforos, artículo 63.

<sup>16</sup> Las emisiones televisivas culturales e informativas deben tener un intérprete o letras para reproducir el mensaje, artículo 67.

edificios, su entorno, acceso al interior de las edificaciones, espacio de recepción y vestíbulo.

En el orden internacional, la protección se consigna a partir de las resoluciones expedidas por Naciones Unidas en temas de discapacidad, enfermos mentales, pasando por la organización internacional del trabajo con el convenio 159 de Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas protección al empleo de discapacitadas, declaración de Caracas en temas de salud y declaración de Viena entre otros<sup>17</sup>

Los instrumentos legales atrás expuestos y las garantías procesales constitucionales, en particular la acción de tutela,

---

<sup>17</sup> La sentencia en comentario cita taxativamente los documentos de protección internacional aplicables en el estado Colombiano para la protección de los discapacitados, haciendo referencia a los convenios de: Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971); el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988); los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG46/119, del 17 de diciembre de 1991); la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)); las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); la Declaración de Managua, de diciembre de 1993,- la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O95)); y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (Resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)).

la acción popular, la de grupo y la de cumplimiento, contribuyen a la materialización de los derechos de la población discapacitada constituyéndose en medios eficaces para la efectiva protección de sus derechos.

### **Criterios a tener en cuenta por el juez para la protección de los discapacitados**

El pronunciamiento judicial de unificación presenta la definición de discapacidad en los términos de la ley que la considera como una condición psicofísica, que produce consecuencias que se proyectan al plano jurídico<sup>18</sup>.

Señala el precedente sobre la materia que le corresponde a la autoridad judicial al momento de decidir sobre la vulneración, amenaza y /o protección de derechos a la población con discapacidad entrar a revisar cinco criterios mínimos sin que esta enumeración signifique una priorización necesaria y absoluta de criterios.

En primer lugar, la protección de las personas en su integridad física, psíquica y sensorial es deber de órganos públicos, organizaciones privadas y a los sujetos individualmente considerados. Así, la condición de discapacidad otorga una especial *protección especial y reforzada del Estado* y de la sociedad. En segundo lugar, los derechos de los discapacitados tienen *prevalencia sobre los derechos de los demás*, por razones puramente humanas, en las que se inspira la protección especial que el ordenamiento les prodiga. Así mismo, en el tercer criterio, la efectiva *inclusión social*, el juez tiene el deber de contribuir a que se haga efectiva la posibilidad del desarrollo humano integral del individuo.

---

<sup>18</sup> Ibídem, p. 15.

Como lo señala la constitución, el cuarto criterio es priorizar las garantías establecidas en la Constitución Política y la ley. Para estos casos, el juez obra como verificador de la existencia de las condiciones materiales del derecho más que de creador de las garantías. Llama la atención el juzgador a la administración para que en las licencias de construcción tengan especial cuidado en exigir el cumplimiento de las normas que propende por espacios adecuados para los discapacitados. Se concluye afirmando que en caso de tensión entre los derechos de los discapacitados con los intereses del Estado de particulares, deberán ceder estos a favor de los primeros.

El caso de las adecuaciones de instalaciones para los discapacitados ha sido ampliamente debatido por la jurisdicción<sup>19</sup>, lo que condujo a adecuar las infraestructuras públicas para proteger los derechos de los discapacitados, afirmación con la cual se unifica la jurisprudencia para edificaciones nuevas o que deban reformarse.

Respecto a las señales sonoras en los semáforos, el pronunciamiento jurisprudencial efectúa una precisión sobre el *derecho colectivo* objeto de pronunciamiento que no consiste en que se instalen semáforos ni en que se pongan señales sonoras en ellos, siendo derechos a favor de los discapacitados no fueron enunciados como tales por la Constitución Política

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado. “63001-23-31-000-2005-01685-01(AP).” 6 de mayo de 2010. Comentando el art. 43, la Sección Primera señaló –sentencia del 21 de febrero de 2008, rad. 25000-23-25-000-2005-00535-01(AP). CP. Marco Antonio Velilla–: “La norma es clara en determinar que las edificaciones ya existentes al momento de la entrada en vigencia de la ley deben ser adecuadas de manera progresiva para permitir condiciones de accesibilidad a los discapacitados, lo cual se hará atendiendo a la reglamentación técnica que corresponde expedir al Gobierno Nacional para tal efecto.”

ni por ley 472 de 1998. En este caso, las señales sonoras son presupuesto para la vulneración de *derechos colectivos*.

Por último, ante la temeridad del actor al pretender el amparo colectivo por la omisión de señales sonoras donde no existen semáforos, se aplicó el artículo 38 de la ley 472 de 1998 que consagra la condena en costas, en ocasión a que el demandante puso en movimiento el aparato judicial, cuando era verificable, por experiencia propia y/o ajena, que en ese municipio no habían semáforos<sup>20</sup>.

En conclusión, La preocupación por los *derechos colectivos* no es exclusiva del operador jurídico. De hecho, sociólogos, economistas y otros profesionales han detenido su actividad habitual para pronunciarse sobre la necesidad de reconocimiento y protección de esta clase de derechos; por su parte, la doctrina ha contribuido en gran medida a este reconocimiento, al aportar elementos identificadores de lo denominado *colectivo* y su adherencia al sujeto individual como parte fundante de estos derechos sin que puedan atribuirse a la singularidad del sujeto y su existencia.

Las jurisdicción contenciosa administrativa ha prohijado en su diversos pronunciamientos disposiciones para defender y proteger los derechos de solidaridad de las agresiones externas que los colectivos puedan sufrir; otro tanto han efectuado los Estados que regulan, al interior y de manera específica en sus Constituciones, la incursión de este nuevo sujeto de derecho que rompe con el tradicional esquema individual y permea el conglomerado social.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. “17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: municipio de Chinchiná “08001-33-31-003-2007-00073-01(AP)REV septiembre tres (03) de dos mil trece (2013). Radicación número”, octubre 8 de 2013.

La población con discapacidad cuenta en la actualidad con instrumentos idóneos, eficaces para la salvaguarda de sus derechos, su uso depende en gran medida del verdadero interés a proteger: la causa presentada en la acción popular objeto de revisión eventual parte de cuestiones inexistentes que son otra manera de atentar contra este colectivo. Debe establecerse claramente el interés y la finalidad de quienes acuden a las acciones constitucionales, a partir de propósitos ajustados a la constitución y la ley. Así, los derechos de solidaridad dejarán de ser considerados ajenos al individuo y marcarán la pauta de un desarrollo armónico, igualitario, justo y pacífico, hecho necesario para proveer una sociedad mejor.

Si bien el Estado otorga una doble protección a las personas con discapacidad, a partir de acciones negativas –como abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato– y acciones afirmativas –que consisten en remover los obstáculos normativos, económicos y sociales que configuran efectivas desigualdades– la tarea de la protección de los derechos de la población en condición de discapacidad no es exclusiva de la organización estatal. Se requiere el acuerdo y decisión de todos los habitantes del territorio para cumplir el deber de propugnar por los derechos de la población con discapacidad y colaborar de manera eficaz a su materialización, en el marco de la solidaridad que debe abanderar el Estado Social de Derecho.

## **REFERENCIAS**

Asamblea General de las Naciones Unidas. Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (1982, Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982).

Asís, R. D. (2015). Sobre discapacidad y derechos. Madrid, España: Dykinson

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). Documento Conpes 166. *Política pública nacional de discapacidad e inclusión*. Bogotá; Colombia.

Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (Resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96).

De Cabo. C (2006). Teoría Constitucional de la solidaridad. Marcial Pons, Barcelona, España.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (Nueve de diciembre de 2013). Documento Conpes 166. Política pública nacional de discapacidad e inclusión. Bogotá; Colombia.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971).

Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93).

Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93). Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20\(Dic%202013\).pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20(Dic%202013).pdf). (2013). Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20\(Dic%202013\).pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20(Dic%202013).pdf): [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20\(Dic%202013\).pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20(Dic%202013).pdf)

Ley 769 (6 de agosto de 2002). Bogotá, Colombia: Diario Oficial 44893

Ley 1145 (10 de julio de 2007). Bogotá; Colombia: Diario Oficial 46685.

Ley 1237 (23 de julio de 2008). Bogotá; Colombia: Diario Oficial 47059.

Ley 1306 (5 de junio de 2009). Bogotá; Colombia: Diario Oficial 4737.

Ley 1346 (3 de julio de 2009). Bogotá; Colombia: Diario Oficial 47427.

Ley 1618 (27 de Febrero de 2013). Bogotá: Diario Oficial 48717.

López C. N. M. (2004) Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos. Ed. Ariel. Madrid.

Ministerio de Justicia. (2017). *Guía de atención a las personas con discapacidad Acceso a la justicia*. Bogotá.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20\(Dic%202013\).pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20(Dic%202013).pdf). Obtenido de [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20\(Dic%202013\).pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Cifras%20Registro%20de%20discapacidad%20(Dic%202013).pdf).

Ministerio de Salud y protección social. (s.f.). Disponible en: <https://reg.discapacidad.sispro.gov.co/RLCPD/Index.aspx?ReturnUrl=%2fRLCPD%2f>. Obtenido de <https://reg.discapacidad.sispro.gov.co/RLCPD/Index.aspx?ReturnUrl=%2fRLCPD%2f>: <https://reg.discapacidad.sispro.gov.co/RLCPD/Index.aspx?ReturnUrl=%2fRLCPD%2f>



Ministerio de Salud y Protección Social. (agosto de 2015). Disponible en: <http://discapacidadcolombia.com/index.php/estadisticas/185-estadisticas-2015>. Obtenido de <http://discapacidadcolombia.com/index.php/estadisticas/185-estadisticas-2015>: <http://discapacidadcolombia.com/index.php/estadisticas/185-estadisticas-2015>

Ministerio de Salud. (2009). Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/CONPES166.pdf>. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/CONPES166.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (07 de 08 de 2016). Disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>. Obtenido de <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Organización Mundial de la Salud. (2011). Disponible en: [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/). Obtenido de [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/).

Organización de Naciones Unidas. (07 de 08 de 2016). Disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Organización Mundial de la Salud. (2011). Disponible en: [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/).

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988);

Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O95)).

Roca, G. E. (2012). *Personas con discapacidad: VII Informe sobre Derechos humanos*. Madrid: Trama Editorial, 2010. ProQuest ebrary. Web. 21 julio 2016.

Roca, G. E. (2012). *Personas con discapacidad: VII Informe sobre Derechos humanos*. Madrid: Trama Editorial, 2010. ProQuest ebrary. Web. 21 julio 2016.

Sentencia C-377 (Corte Constitucional mayo 14 de 2002)

Sentencia; C 478 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia; C-804 (Corte Constitucional 2006).

Sentencia; C-935 (Corte Constitucional once de diciembre de 2013).

Sentencia; C-131 (Corte Constitucional Primero de julio de 2014).

Sentencia; C-043 (Corte Constitucional febrero de 2017).

Sentencia; C-042 (Corte Constitucional febrero de 2017).

Social, M. d. (18 de Octubre de 2012). Resolución 3317. Bogotá; Colombia: Diario Oficial 48587.

Sentencia 08001-33-31-003-2007-00073-01 (AP) REV”, (Consejo de Estado, 8 de octubre de dos mil trece 2013).

Sentencia 63001-23-31-000-2005-01685-01(AP) (Consejo de Estado 6 de mayo de 2010).

Sentencia 25000-23-25-000-2005-00535-01(AP) (Consejo de Estado)



# CONSTITUCIÓN POLÍTICA E INTEGRACIÓN ANDINA DESDE LAS NOCIONES DE SOBERANÍA Y DEMOCRACIA\*

*Ruth Carolina Blanco Alvarado*

*Dilia Paola Gómez Patiño*

---

\* El presente artículo es producción académica del Proyecto de Investigación “Las Esferas de la Globalización”, en el marco del Grupo de Investigación “Estado, Derecho y Territorio”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Libre, Sede Bogotá, Colombia. El documento es producto de la labor investigativa de la Dra. Patiño, quien es docente–investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar, y de la Dra. Blanco, quien es docente– investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.



## INTRODUCCIÓN

La crisis actual de la noción de Estado ha de ser entendida como consecuencia de su evolución. Esta percepción obedece, en buena medida, a la existencia de nuevos poderes forjados al compás del desarrollo del capitalismo, que han adquirido al calor de la globalización un poder parangonable al del propio Estado (Núñez, 2009). En aras de superar dicho déficit, resulta necesario otorgar importancia a los procesos de integración, dentro de los cuales se encuentra la CAN, la cual ha de entenderse como *“una Comunidad de Derecho que exige por parte de todos los Estados miembros el sometimiento a un mismo Derecho en aquellas materias en las que se ha realizado la transferencia del ejercicio de competencias en favor de la Comunidad”* (Alcoceba, 2008, p. 20) y como una organización internacional, cuya naturaleza jurídica es secundaria y funcional, por cuanto su subjetividad jurídico-internacional depende de la voluntad de los Estados y porque sus funciones o competencias se restringen a las que explícita o implícitamente les atribuyan los Estados miembros, en el derecho primario u originario.

El concepto de integración constituye un desafío constante a las funciones clásicas del Derecho Constitucional (Chofre, 2007). Lo anterior en razón a que el Derecho Andino de la Integración, como orden jurídico autónomo, dotado de

efecto directo y supremacía, sobre el ordenamiento nacional, en modo alguno, provoca conflictos y problemas de coordinación con la Carta Política.

La Constitución Política colombiana contempla aspectos, dentro de su normativa, que en general, favorecen la posibilidad de pertenecer a esquemas de integración y de formar parte de órganos supranacionales. Para el efecto, desde el preámbulo de la misma se manifiesta que: “El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente Carta Política de Colombia”. De la misma manera, en el artículo 9, párrafo segundo, orienta su política exterior “hacia la integración latinoamericana y del Caribe”. En lo referente a las funciones específicas del Congreso, el artículo 150 numeral 16 establece la facultad de delegar ciertas competencias, cuyo objetivo sea la integración, al manifestar: “Aprobar e improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones que tengan por objeto consolidar la integración económica con otros Estados”. En concordancia con lo dispuesto anteriormente, el artículo 227 de la ley fundamental colombiana ratifica su postura integracionista, al proponer en su última parte que: “La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”. Adicionalmente, prevé que “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados

que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones”.

En la actualidad, la integración andina ha sido tipificada como un proceso multifacético. Es desde la citada perspectiva que la Comunidad Andina (CAN) ha intentado plantear la integración en términos más amplios, que no se reducen estrictamente a lo económico, sino que abarcan la consecución de objetivos jurídicos.

Atendiendo la perspectiva jurídica del proceso andino de integración, es procedente afirmar que la Constitución Política colombiana favorece la posibilidad de pertenecer a esquemas de integración y de formar parte de órganos supranacionales; es en este sentido que resulta de interés analizar como labor investigativa la *democracia* y la *soberanía*, como factores de importancia para el proceso andino de integración y el Derecho Constitucional.

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE INTEGRACIÓN**

En la actualidad emitir una definición exacta del término *integración* es difícil, porque esta ha sido enfocada desde diferentes puntos de vista. En este sentido, existe un alto grado de confusión en el mundo acerca de lo que debe entenderse por *integración*, entre otras causas, porque el fenómeno es realmente reciente y por tanto, la teoría acerca de él no está agotada. Por esa razón, a continuación expondremos algunas definiciones elaboradas por diferentes autores y que consideramos significativas, al destacar algunos aspectos esenciales que deben estar presentes en cualquier proceso de integración.



Desde una perspectiva de carácter económico se ha definido la integración como “aquel status jurídico en el que los Estados entregan prerrogativas soberanas con el propósito de ampliar sus intercambios comerciales y estimular su desarrollo económico, constituyéndose dicha actividad en una etapa más avanzada de la cooperación internacional” (Tremolada, 2006, p. 15). En concordancia con dicho concepto, Di Giovanni considera la *integración* como un ‘status jurídico’, en el cual los estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de políticas correspondientes y bajo una égida supranacional (DI Giovan, 1992).

D. Puchala define la *integración* como “conjunto de procesos que produce y sostiene un sistema de concordancia en el nivel internacional, en el cual los agentes encuentran posible armonizar coherentemente sus intereses, transar sus diferencias y cosechar recompensas mutuas por sus interacciones” (Puchala, 1972, p. 277), nótese en esta definición la idea de ‘**armonización**’ de los intereses comunes de los actores. Por su parte, Ch. Pentland considera que la integración política internacional se identifica a menudo con el rodeo, reducción o abolición del poder soberano de los Estados naciones modernos (Pentland, 1973). La definición de este autor plantea uno de los varios aspectos medulares y conflictivos de la *integración*, el cual es el relacionado con la cesión, transferencia o limitación de la soberanía por parte de los Estados que forman parte de un esquema de integración, a favor del mismo; la posición que se asuma ante este planteamiento incidirá de manera directa sobre los objetivos que plantee dicho esquema.

A su vez, Caporaso y Pelowski consideran que “la integración consiste en la emergencia de nuevas estructuras y funciones en un nuevo nivel del sistema que es más abarcador que antes” (Caporaso & Pelowski, 1975, pp. 421-423). Como puede observarse subyace en este planteamiento la posibilidad de crear instituciones distintas a las de los Estados parte, capaces de asumir decisiones que sean aplicables para todos.

En concordancia con la temática dispuesta, Carvajal plantea que la Integración es el instrumento por el cual, a través de los tratados internacionales, dos o más Estados ceden algunas de sus prerrogativas soberanas, para crear una zona con personalidad jurídica independiente a la de sus miembros, en la cual puedan circular, con el mismo tratamiento, mercancías, servicios, personas y capitales, según la amplitud de la integración (Carvajal, 1993). En esta definición es significativa la cesión de *soberanía*, que tiene lugar en los procesos de integración según sea la etapa alcanzada.

Una definición muy completa es la aportada por Alzugaray Treto, para quien:

“la integración regional es un proceso político, económico social y cultural, amplio, profundo y multifacético, mediante el cual dos o más Estados van incrementando paulatinamente su cooperación económica y política y fomentando los intercambios entre sus sociedades y al mismo tiempo van cediendo gradualmente sus atribuciones soberanas a un nivel supranacional de gobernabilidad con la participación de actores gubernamentales y no gubernamentales, con el objetivo final de integrar sus economías, sus sistemas sociales y culturales y sus mecanismos de defensa y seguridad, sin perder por ello su identidad nacional propia, maximizando los beneficios y minimizando los costos de la interdependencia y la globalización” (Alzugaray, 2002).

La definición del referenciado autor resulta ser muy adecuada en lo atinente al alcance que ha de tener la *integración*, como quiera que la misma debe ser un fenómeno de carácter pluridimensional que incide, no solo en lo económico, sino también en lo jurídico, político y social. Además, enfatiza –muy acertadamente– en la necesidad de crear órganos supranacionales que contribuyan al establecimiento de políticas comunes, que permitan asumir las consecuencias que se derivan de un proceso de esta naturaleza.

En concordancia con la definición de *integración* aportada por Alzugaray, resulta procedente hacer referencia al concepto de *integración andina* formulada por el Parlamento Andino, para quien la integración

“es un instrumento que constituye una opción de política exterior, de interacción estatal, donde la decisión de emprender el proceso es voluntaria y deliberada; su desarrollo es gradual conforme a lo estipulado por los Estados miembros, persigue objetivos de interés comunitario y su función principal es lograr su consolidación” (Parlamento Andino, 2007, p. 13).

En concordancia con la citada definición, y para efectos de la temática de las presentes páginas, la integración andina puede ser entendida “como un proceso dinámico de intensificación y profundización de las relaciones entre actores líderes para la creación de nuevas formas de Gobierno político-institucionales en el ámbito regional” (Herz & Hoffmann, 2004, p.168), tiene por carácter “el impulso expansivo inherente a los actores participantes –comunidades políticas, estructuras económicas o grupos sociales– y una acción deliberada que confiere al proceso una orientación racional y un desenvolvimiento controlado y controlable” (Herz & Hoffmann, 2008, p. 99).

## Democracia e integración

Existe una relación de proporcionalidad entre las nociones de democracia e integración, la cual se identifica en la medida en que la primera puede proporcionar mecanismos para que aquellas instituciones que se ven involucradas por las decisiones que se toman en el ámbito de la segunda, puedan también involucrarse en ella y puedan legitimarla. Es en este sentido, que resulta procedente afirmar que el *proceso de integración andino* permite promover la democracia; de hecho, es importante anotar que en los últimos años, el debate en torno a la consolidación de la democracia en América del Sur, pasó a ser asociado directamente a la ampliación de los procesos de integración regional (Onuki, 2010).

La Globalización ha ampliado el ámbito de responsabilidad política de la sociedad civil, ya que dicho fenómeno ha generado como consecuencia que esta trascienda del ámbito nacional al entorno transnacional o global (Sánchez, 2007). Lo anterior, en razón a que cada vez más agentes no elegidos directamente por el pueblo, toman más decisiones que afectan a la ciudadanía. Es en este sentido en que se considera que el *proceso andino de integración* puede permitir fortalecer el ejercicio de los derechos políticos, lo cual ayuda a superar las limitaciones de la democracia preexistente en los espacios nacional y local de los países andinos (Prieto, 2008). Para el efecto, es pertinente anotar que el proceso andino de integración está en proceso de reconocimiento de diálogos abiertos en los que se entretujan múltiples interacciones de diversa naturaleza cultural, económica y social (Arce, 2010).

Si bien en los Estados andinos se ha evidenciado un deterioro de legitimidad gubernamental, la cual se acentuó por la

imposibilidad de desarrollar instituciones políticas capaces de orientar y dar sentido al interés público, sobre todo en lo que respecta a los ámbitos locales, y atendiendo a que “en las sociedades latinoamericanas se observa que los ritmos de movilización social y el auge de la participación política son elevados y los de organización e institucionalización políticas bajos” (Huntington, 1997, p. 16), consideramos procedente afirmar que el proceso andino de integración podría ser un mecanismo para fortalecer la democracia, mediante la participación ciudadana y la enseñanza de cultura política.

En aras de fortalecer la *democracia* en los países andinos, éstos, suscribieron el Protocolo ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’, el cual pretende la adopción de medidas destinadas a la protección de la democracia, como supuesto esencial para intensificar los procesos de integración económica. Dicho documento permite maximizar la esfera del principio democrático en la actividad internacional de los citados Estados. De conformidad con el citado documento, el *proceso andino de integración* exige de sus países miembros de regímenes democráticos, lo cual es presupuesto básico y condición necesaria para la dinámica del proceso de integración andino (Dreyzin, 2007). Dicho Protocolo establece la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición esencial para la cooperación política y la integración económica, social y cultural en la CAN. Las disposiciones contenidas en dicho Protocolo se aplicarán en caso de producirse una ruptura del orden democrático en cualquiera de los Países miembros, en cuyo caso, los demás Países miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar su pronto restablecimiento, sin perjuicio de lo cual podrán desarrollar gestiones diplomáticas tendientes a

facilitar el restablecimiento del orden democrático en el país afectado.

La finalidad del referenciado protocolo también se evidencia con la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, emitida por el Consejo Presidencial Andino en el año 2002, en virtud de la cual los países miembros se comprometieron a defender el orden democrático en la región andina, convencidos de que la vigencia de los valores democráticos asegura el reforzamiento mutuo entre democracia, desarrollo y respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

### **Integración y soberanía**

El fenómeno de la globalización y los condicionamientos que por él se imponen exigen necesariamente repensar la noción de *soberanía* (Arango, 2007). En este sentido se considera que para que los Estados andinos puedan asumir los efectos de la globalización, es necesario transformar el concepto de soberanía tradicional por el de *supranacional* (Fariñas, 2004); aspecto en el que sin lugar a dudas, cobra importancia el proceso andino de integración. Para el efecto, es pertinente anotar que la noción de supranacionalidad, esto es, “la autonomía del nuevo ente que crean los Estados que se integran, la cual depende del estado de la integración como de los procedimientos acordados para su expedito funcionamiento” (Hayes, 1996, p. 144). Esto refuerza la tesis de que en el marco del proceso andino de integración, la noción de soberanía de los Estados miembros se modifica.

Entendiendo por *soberanía* al poder de dar órdenes no condicionadas y el derecho de no recibirlas de ninguna otra

autoridad humana (Sánchez, 2000); nunca antes en la historia dicho concepto fue tan abstracto como en nuestros días. La *soberanía* concebida como la máxima expresión del ejercicio de autoridad de un Estado parece atravesar una de sus más duras crisis al debilitarse la categoría del Estado-Nación y trasladarse a esferas externas la toma de importantes decisiones públicas, o por lo menos reconocerse a aquellas esferas un amplio margen de incidencia en las mismas (Arango, 2007). Parte de la Doctrina ha considerado que la noción clásica de *soberanía* como ‘absoluta e indivisible’ es incompatible con la idea de un orden jurídico internacional y más aún, con la configuración de procesos de integración (Sánchez, 2000). En este sentido se ha considerado que dichos procesos podrían absorber cada vez más competencias sobre las que reclama el poder último de decisión el Estado, en aras de conseguir una aplicación homogénea del Derecho en todos los Estados miembros

El proceso andino de integración nació de la decisión soberana de conformarlo por parte de los países miembros; ya que los procesos de integración nacen del ejercicio de la soberanía de cada Estado que suscribe el Tratado Constitutivo.

La formación de una comunidad o de un esquema de integración bajo un *sistema jurídico supranacional* no lesiona el concepto de soberanía, ya que cada Estado participante ha limitado voluntariamente los alcances de su poder público a cambio de las ventajas que reciba del proceso y tiene una potestad intrínseca para organizarse jurídicamente y proyectarse externamente como miembro de la comunidad internacional. En otras palabras,

“la integración comunitaria responde y se afianza en la concepción de una soberanía relativa de los Estados, no reco-

nocida como un poder estatal supremo, absoluto e ilimitado, sino como algo menguado y circunscrito por la interacción de los demás actores de la comunidad internacional; lo que implica la reasignación de competencias específicas de los países miembros en organismos comunitarios para hacer viables los procesos de integración” (Ponce de León E, 2001, p. 48).

En otras palabras,

“la transmisión de facultades que tiene lugar en el marco de un esquema de integración, no ocasiona la partición de la soberanía que continua como un todo en poder del Estado, en tanto y en cuanto es la Nación quien puede marcar su alcance a través de la redacción que se de en el Tratado Constitutivo y en última instancia, advirtiendo que el país miembro puede recuperar las competencias cedidas en el momento que crea oportuno por medio de su retiro del proceso, mediante la respectiva denuncia” (Perotti, 2007, pp. 441 y 442).

En consecuencia, “la creación de un sistema de integración tiene por efecto producir una reordenación de las funciones fundamentales de los Estados” (Pescatore P., 1974, p. 15) y ello no conduce a un debilitamiento de los poderes soberanos del Estado, sino un redimensionamiento en el que todos los demás Estados participan en el ejercicio de la soberanía. Por lo dispuesto anteriormente, resulta procedente afirmar que la *supranacionalidad* no consiste en transferir, ceder o abandonar parcelas de soberanía, sino la transferencia o la cesión del ejercicio en común de competencias soberanas de los Estados que siguen siendo de los sujetos primarios del *derecho internacional*.

A pesar de lo dispuesto en el párrafo anterior, es importante anotar que el Acuerdo de Cartagena “género en el



sistema jurídico de los países andinos una transformación del concepto de soberanía, al introducir la noción de supranacionalidad en el ordenamiento jurídico andino” (García, 2004, p. 59). Lo anterior permite la transferencia del ejercicio de facultades soberanas y la presencia de órganos comunitarios autónomos con capacidad para tomar decisiones y expedir fallos, aceptados por todos los Estados miembros (Schueitzer, 1987). Es en este sentido que la Doctrina y la Jurisprudencia reiteradamente han previsto al ordenamiento jurídico andino como *supranacional*, situación que se constituye como el núcleo del *derecho de la integración*, ya que este es el rasgo que produce la ruptura y diferencia con el *derecho internacional* (Ortiz, 2002).

## CONCLUSIONES

La integración andina puede ser considerada hoy una utopía, pero si se aplicase una matriz de reconocimiento de la necesidad del cambio, es indudable que resulta el ideal hacia el cual debemos dirigirnos. Por esa razón, la estrategia en estos momentos es lograr hacerla más convergente.

El ejercicio de conceptualizar la *integración andina* supone no solamente tener en cuenta aspectos de orden económico, sino aspectos jurídicos, en razón a que dicha integración ha pretendido desarrollarse desde una perspectiva multifuncional.

La realidad del globo terráqueo ha generado como consecuencia que el concepto de *soberanía* sea replanteado. Para el efecto, desde el marco del *proceso de integración andino*, dicho concepto implica la flexibilización de dicha noción para los Estados miembros; esto es: la posibilidad de que el ejercicio de ciertas competencias soberanas sean ejercidas

por la CAN, pero la titularidad de las mismas sigan estando en manos de los países miembros.

La *democracia* es un instrumento que puede llegar a fortalecerse mediante el *proceso andino de integración*, lo cual supone superar las barreras de lo que implica un proceso de integración como el andino.

La *democracia* y la *soberanía* suponen desarrollo concomitante, en el marco del Derecho Constitucional y del proceso andino de integración; y es en este sentido que ambas nociones suponen conceptos de importancia para el área del *derecho constitucional* y de la integración andina.

## REFERENCIAS

Alcoceba, M. (2008). La Reorientación Estatalista del Proceso de Integración Europea. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas - Núm. 29, junio 2008*. Documento Extraído el 6 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/51364983>

Alzugaray C & Michoacán M. (2002). Nuevo regionalismo e integración regional en América latina y el Caribe *en Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*, Ciudad de México, México: Universidad del País Vasco.

Arango, J. (2007). La soberanía: su razón y sus fundamentos hoy en la *Revista Ratio Juris - Núm. 5, diciembre 2007*. Páginas: 27-35. Documento Extraído el 24 de enero de 2013 de <http://vlex.com/vid/52107213>

Arce, K. (2010). La integración andina a partir de la sociedad civil: visiones en pugna en un escenario globalizado.

*Revista Diálogos de la Comunicación* N°79, enero – junio 2010, Bogotá, Colombia

Bustos, C. (2010). La Comunidad Andina: historia de sueños y desencuentros. Una visión construida desde la prensa de Colombia. *Revista Diálogos de la Comunicación* N°79, enero - junio 2010, Bogotá, Colombia

Camargo, A. (2006). *Fortalecimiento de la integración regional por medio de los acuerdos de asociación, un presupuesto para una adecuada inserción de los países en vía de desarrollo en el contexto de globalización - caso CAN y CE-*. Documento extraído el 6 de noviembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/53945299>

Caporaso, J. & Pelowski, A. (1975). Economic and political integration in Europe: a time series quasi-experimental analysis. *American Political Science Review*, Estados Unidos, junio, 1975, pp 421-423

Carvajal, M. (1993). *Derecho Aduanero*. Ciudad de México, México: Porrúa.

Chofre, J. (2007). El derecho comunitario como derecho pre moderno (algunas reflexiones acerca del derecho comunitario). *Revista Nuevos Estudios Jurídicos* - Núm. 12-1, enero 2007. Documento Extraído el 22 de diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/59087399>

DI Giovan, I. (1992). *Derecho Internacional Económico*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo. Perrot (p. 145).

Dreyzin, A. (2007). *La Integración como Instrumento para la Paz y el Desarrollo: El modelo Mercosur en Integración Regional: Una Condición para la Paz y el Desarrollo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Fariñas, M. (2004). *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos. Cuadernos Bartolomé de las Casas*. Madrid: Dykinson.

Frambes, A. (1993). Teorías sobre la Integración Aplicables a la Unificación de los Países Latinoamericanos. *Revista Política y Cultura* - Núm. 2, Abril 1993. Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Interamericana de Puerto Rico; documento extraído el 23 de abril de 2012 de <http://vlex.com/vid/204664413>

García, N. (2004). *Soberanía y Unión Europea, Algunas Cuestiones Críticas desde la Teoría de la Constitución*. Barcelona, España.: Atelier.

Hayes M. (1996). *La Naturaleza del Derecho Comunitario en Seminario Internacional Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios*. Barcelona: Editorial Judicial.

Herz, M & Ribeiro, A. (2004). *Organizaciones Internacionales. Historia y Practicas*. Rio de Janeiro: Campus.

Herz, M & Hoffmann, A. (2008). Indicadores de Análisis Multidimensional del Proceso de Integración del Cono Sur en *Revista Brasileira de Política Internacional*, Año 51, 2.

Huntington, S. (1997). *El Orden Político en las Sociedades en Cambio*". Buenos Aires: Ed. Paidós.

Núñez, M. (2009). *La crisis del Estado en Estado, Derecho y Religión en Oriente y Occidente*. Documento Extraído el 29 de diciembre de 2012 <http://vlex.com/vid/65576105>

Onuki, J. (2010). Democracia e Integración Regional: perspectivas del Parlasur. *Memorias: V Congreso de Relaciones Internacionales*, 24, 25, 26 de noviembre de 2010, Universidad Nacional de la Plata. La Plata, Argentina.

Ortiz, L. (2002) Derecho comunitario y derecho internacional. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, pp. 11-23.

Parlamento Andino. (2007). *Estudio sobre Reforma Institucional en la Comunidad Andina*. Bogotá: Centro Andino de Investigación, Capacitación y Desarrollo Legislativo CADEL.

Pentland, CH. (1973). *International theory and European integration*. Londres: Faber and Faber.

Perotti, A. (2007). *Habilitación Constitucional para la Integración Comunitaria*. Buenos Aires: Jurua.

Pescatore, P. (1974). *Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires, Argentina.: INTAL.

Ponce de León, E. (2001). *Temas de derecho comunitario ambiental andino*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Prieto, G. (2008). *Integración y Democracia: Aspectos Socio Políticos del Regionalismo en Sur América*. Edit: Germán Camilo Prieto Corredor. Colección Gerardo Molina No. 17. Universidad Nacional. Grupo de Investigación sobre Integración y Democracia: "Demosur". Bogotá, Colombia (p. 22, 24, 36, 47, 49, 50).

Puchala, D. (1972). Of bleed men, elephants and international integration en *Journal of Common Market Studies*, X-No 3, Londres, marzo, 1972. p. 277.

Sánchez, V. (2000). *La Integración y la Constitución Política del Estado de Bolivia*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Sánchez, W. (2007). Parlamento Andino: Vigía de la Democracia. *Revista Indoamerica. Revista de la Integración*

Andina. Año 2 No. 6. Edit: Jorge Arias Montoya y Linder Vásquez Linares. Lima, Perú.

Sánchez, D. (2007). La Democracia en la Comunidad Andina. *Revista Indoamerica. Revista de la Integración Andina*. Año 2 No. 6. Lima, Perú: Jorge Arias Montoya y Linder Vásquez Linares (p. 43).

Schueitzer, M. (1987). *Derecho Europeo*. Buenos Aires: Palma

Tremolada, E. (2006). *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tremolada, E. (2008). Los Organismos Supranacionales en la Constitución Colombiana: ¿una Garantía para el Derecho Andino?, en *Crisis y Perspectiva Comparada de los Procesos de Integración, Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia, Universidad Externado de Colombia*. Eric Tremolada Álvarez. Bogotá, Colombia (p. 97).



CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN TIEMPOS  
DE TRANSICIÓN: HACIA UN MARCO  
PARA LA COEXISTENCIA ARMÓNICA  
DE LA JUSTICIA Y LA PAZ\*

*Andrés Mauricio Guzmán Rincón*

*John Fitzgerald Martínez V.*

---

\* Artículo producto de investigación en el marco del proyecto “Constitucionalismo global, justicia transicional y multiculturalismo” que adelanta el autor desde el mes de febrero de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.





Desde sus orígenes, la *constitución política* se entiende como un concepto complejo que hace referencia tanto a un modelo de sociedad que se pretende alcanzar, como a una normatividad fundamental para regular el ejercicio del poder político. Los hitos del *constitucionalismo moderno* en occidente permiten observar, más allá de sus diferencias y particularidades, la importancia decisiva de la reflexión constitucional en el diseño de instituciones permanentes, encargadas de encausar los intereses políticos en disputa y al mismo tiempo, de imponerles límites. En buena medida, por esta razón se entiende que la *Constitución* es sinónimo de consenso; su pretensión de perdurabilidad busca poner fin a los conflictos y a la violencia, así como establecer el marco bajo el cual resulta viable y pertinente adoptar medidas para el logro de la paz<sup>1</sup>.

Precisamente, en el presente capítulo se indaga la importancia de la *constitución* en la superación de los conflictos armados, en sociedades que han logrado acuerdos de paz o que se encuentran adelantando esfuerzos importantes para lograrlos, como ocurre actualmente en nuestro país. Para tal fin, se efectúa un abordaje general al concepto de *justicia transicional*, tomando como referente inmediato, algunas

---

<sup>1</sup> Son varias las aproximaciones al concepto y sentido de constitución política que se integran en la definición planteada, al respecto ver: Fioravanti, 2001; García, 2006, y Loewenstein, 1983.

características de la reflexión constitucional, principalmente a partir del análisis efectuado por la Corte Constitucional colombiana.

El análisis aquí efectuado permite sostener que la *constitución política*, en sociedades en transición, cumple la función fundamental de servir de marco para hacer viable las medidas para el logro de la paz, que a su vez garanticen el mayor nivel posible de derechos de las víctimas del conflicto. El tribunal constitucional adopta un rol fundamental en esta tarea, ya que al momento de desempeñar su función de máximo intérprete de la carta, precisa y fija los parámetros a través de los cuales es posible resolver las tensiones inherentes a los mecanismos de *justicia transicional*, imponiéndole límites, pero a su vez demarcando un margen de maniobra suficiente para el logro de la reconciliación.

En Colombia, la Corte Constitucional ha trazado un derrotero conceptual y metodológico importante para que el Estado –en su conjunto– oriente sus políticas hacia mecanismos de *justicia transicional* que sean efectivos para el logro de la reconciliación sin que se limiten injustificadamente las exigencias de justicia de las víctimas del conflicto.

El planteamiento anterior se deriva del estudio de la experiencia colombiana, razón por la cual su generalización descontextualizada puede dar lugar a imprecisiones. En todo caso, de sus elementos es posible inferir algunas ideas útiles para comprender las relaciones entre *constitución política* y *justicia transicional*.

El texto se divide en tres partes: en la primera se reflexiona sobre la importancia del papel del juez en el Estado contemporáneo; en la segunda se precisa el concepto de *justicia*

*transicional*, establecido por la Corte Constitucional colombiana, principalmente a partir de lo dispuesto en la sentencia C-597 de 2013, enfatizando en sus tensiones y en los mecanismos dispuestos para resolver estas; en la última se ilustra cómo la Corte Constitucional resuelve las tensiones inherentes a los mecanismos de justicia transicional, específicamente frente a la acción de restitución de tierras, regulada por la Ley 1448 de 2011, mediante la sentencia C-715 de 2012 a través de un ejercicio de ponderación.

## **I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

De forma reciente se ha venido reconociendo el creciente protagonismo de los jueces en la justiciabilidad de los derechos humanos, a partir de la aplicación directa de la Constitución y de las normas del derecho internacional. Lo que implica, además, la adopción de decisiones que promueven órdenes a los demás órganos del poder político para su cumplimiento efectivo, a partir de la expedición de recomendaciones, orientaciones y lineamientos de políticas públicas en sus fallos, así como mediante el seguimiento de esas órdenes que adoptan carácter vinculante<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Es importante mencionar que en Colombia, la Corte Constitucional ha sido un órgano que ha tenido un gran protagonismo en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero también de los derechos sociales. Múltiples fallos que resuelven acciones de tutela no solo han tenido efectos entre las partes involucradas, sino que han ordenado acciones específicas de los demás poderes del Estado, para superar escenarios de vulneración de derechos y el mejoramiento o el diseño de políticas públicas para que los individuos o sujetos colectivos puedan ejercer efectivamente sus derechos. De allí que asuntos como el desplazamiento forzado de las víctimas del conflicto armado, o la vulnerabilidad

El protagonismo judicial es un fenómeno relativamente reciente en América Latina y cobra diferentes manifestaciones, dependiendo del contexto político y social de cada país, dentro de las dinámicas de lo que se ha denominado recientemente como la “judicialización de la política” (Sieder, 2008). A su vez, este fenómeno debe ser comprendido en relación con la transición democrática en la región, que implicó en buena parte de los países la adopción de nuevas cartas constitucionales que, por lo general, incorporaron un nutrido grupo de derechos fundamentales, así como de derechos económicos, sociales y culturales que tienen la característica de poder ser aplicados de forma directa por el juez y de la adopción de recursos judiciales expeditos, para hacerlos exigibles como el recurso de amparo; hechos que implicaron un cambio en la cultura jurídica que ahora considera a los jueces como creadores de derecho, a través de la interpretación de principios constitucionales y la elaboración de subreglas de derecho (Rodríguez, 2005; López, 2006).

Por otra parte, la importancia reciente que ha venido adquiriendo el desarrollo de mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, en el contexto de la globalización, que ha significado una incorporación de estándares internacionales en los sistemas jurídicos nacionales a través de la jurisprudencia y de su reconocimiento como normas de rango constitucional, han venido fortaleciendo el protagonismo judicial sobre todo en

---

sistemática de las personas privadas de la libertad hayan sido asuntos tratados por la Corte que mediante sus sentencias ha impuesto una serie de obligaciones, principalmente al poder ejecutivo, que necesariamente implican la destinación de rubros para el diseño e implementación de políticas públicas.

el ámbito de la labor desempeñada por los tribunales constitucionales (Burgos, 2011).

Inclusive, algunos sostienen que la forma en que la Corte Constitucional ha resuelto casos relacionados con el conflicto armado en el país representa una contribución importante al *constitucionalismo contemporáneo* en la región, ya que desde el ejercicio de la función judicial se logran identificar enfoques argumentativos e interpretativos que suscitan nuevas reflexiones sobre la teoría y praxis del derecho constitucional y la ética judicial (Rojas, 2014).

Ahondar en la comprensión que la Corte Constitucional ha hecho al respecto es imprescindible, precisamente para comprender –de forma más concreta– las relaciones entre la reflexión constitucional y la justicia transicional en el país, teniendo en cuenta su rol protagónico en los Estados constitucionales democráticos contemporáneos.

## **II. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y EL MODELO DE LAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS**

En las sociedades que sufrieron transiciones democráticas, luego de la superación de regímenes represivos –como ocurrió en América Latina desde la década de los ochenta–, la reflexión constitucional giró principalmente en torno a la consolidación de una nueva estructura institucional que garantizara su no repetición. En estos contextos, temas relacionados directamente con el funcionamiento del sistema político, tales como la participación política y el régimen de partidos, tuvieron un mayor protagonismo en el análisis. Sin embargo, con el auge de los mecanismos asociados a la

*justicia transicional*, como las comisiones de la verdad en Suráfrica, la reflexión política y jurídica comenzó a darle prioridad al logro de arreglos institucionales adecuados para enfrentar la agenda de los crímenes del pasado. Actualmente, la experiencia ha demostrado la necesidad de integrar ambos procesos de reforma, entendiendo que las instituciones constitucionales pueden cumplir un papel fundamental e irremplazable para adelantar los objetivos de la transición. De esta forma, las discusiones en torno a la viabilidad y pertinencia de mecanismos excepcionales dependerá en buena parte del margen de maniobra constitucional que tengan (Ibáñez & Sánchez, 2014).

En Colombia, la Corte Constitucional ha reflexionado sobre el alcance constitucional de la *justicia transicional*, labor en la cual ha establecido algunos parámetros para determinar cuál es la idea de justicia transicional que es admisible en el país. Lo anterior ha tenido desarrollos jurisprudenciales notables como las sentencias C-370 de 2006, y C-1199 de 2008, mediante las cuales se estudió la constitucionalidad de varias normas de la Ley 975 de 2005, o más conocida como “ley de justicia y paz”. En estas sentencias, la Corte señaló con precisión el déficit de esta ley en materia de verdad, justicia y reparación a las víctimas del conflicto. Por ello, a través de sus decisiones se esforzó por lograr ajustarla a los estándares internacionales que prohíben la impunidad frente a los crímenes de lesa humanidad y de guerra, estableciendo una serie de obligaciones en cabeza de los Estados para garantizar los derechos de las víctimas.

Más adelante, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 1448 de 2011, más conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras,

mediante las sentencias C-052 de 2012 y C-715 de 2012, entre otras. Allí se reflexiona explícitamente sobre la definición de *justicia transicional*, teniendo como referente el contexto internacional.

Recientemente, la Corte retoma sus propias reflexiones sobre el concepto de *justicia transicional*, mediante la sentencia C-579 de 2013, y consolida su posición frente a estos temas a partir del estudio de constitucionalidad del denominado “Marco jurídico para la paz”, el cual fue introducido a la Constitución a través del Acto Legislativo No. 1 de 2012, por medio del cual se busca facilitar la terminación del conflicto, en el contexto de los diálogos que sostienen actualmente el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, en la Habana, Cuba. El análisis siguiente hace énfasis en lo dicho por la Corte en esta sentencia, debido a que allí se sintetiza la doctrina más reciente sobre estos temas y se hace un balance del concepto de justicia transicional a partir del análisis de fallos anteriores.

### **Los mecanismos de la justicia transicional**

El análisis de lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013 cobra una particular importancia, debido a que en esta sentencia se estudia una reforma a la Constitución Política, en la que de forma expresa se reconocen los derechos de las víctimas y se faculta al Estado para adoptar mecanismos de *justicia transicional*. Lo anterior ha tenido seno en la Corte, más allá del importante desarrollo jurisprudencial, el contenido y alcance de estos derechos, así como en la incorporación del concepto de *justicia transicional*, en instrumentos legales, tal y como se dispuso. Por ejemplo, en el artículo 8 de la Ley 1448 de 2011 se efectúa un abordaje



del mismo, como principio rector de la política pública de reparación a las víctimas y de restitución de tierras:

“Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley<sup>3</sup>, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”.

O en la sentencia C-370 de 2006, donde se define la justicia transicional como:

“Un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”.

En la sentencia C-579 de 2013, la Corte resuelve un cuestionamiento efectuado al Acto Legislativo 01 de 2012, básicamente los demandantes plantean que algunos de sus apartes son inconstitucionales, en la medida en que –según su parecer–, al establecer que los esfuerzos del Estado colombiano se concentrarán en la investigación y sanción penal de

---

<sup>3</sup> Es decir infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, *ocurridas con ocasión del conflicto armado interno* y que estas se hayan cometido con posterioridad al 1 de enero de 1985.

“*los máximos responsables*” de haber cometido violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, así como en aquellos cometidos de forma sistemática, estaría *sustituyendo* (obviamente de forma injustificada) uno de los pilares fundamentales de la Constitución que es el de garantizar a las víctimas del conflicto un recurso judicial efectivo y en general a comprometerse con las obligaciones internacionales que proscriben la impunidad<sup>4</sup>.

Al final, la Corte decide que el Acto Legislativo en mención se encuentra ajustado a la Constitución, al considerar que mecanismos como la selección y priorización de casos penales eran compatibles con la búsqueda de la paz, estable y duradera, sin que esto implique una vulneración de los derechos de las víctimas.<sup>5</sup> La solución a este interrogante lleva a la Corte a abordar temas como el carácter de la *justicia transicional* en el Estado Social de Derecho y las características de los mecanismos de justicia transicional

---

<sup>4</sup> “El problema jurídico planteado en la demanda es si las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” sustituyen la Constitución al consagrar la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los DH y el DIH cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás (...)”. Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013 Párr. 4.5.

<sup>5</sup> “*De esta manera, el planteamiento del Acto legislativo 01 de 2012 no se orienta a consagrar la impunidad de unos delitos, sino a cambiar la estrategia de investigación del “caso por caso”, que dificulta la garantía del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos, por la estructuración de macroprocesos en los cuales exista una participación masiva de todas las víctimas y que no se estructuren por el azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructuras de criminalidad organizada.*” Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

que son admisibles en el ordenamiento jurídico colombiano. Para llegar a esto, la Corte reafirma el concepto que sobre la justicia transicional ya había venido desarrollando en sentencias anteriores, dándole relevancia al carácter sistemático de sus instrumentos, y a la coexistencia de los objetivos de lograr la paz, mediante la facilitación de la terminación del conflicto, pero reconociendo el mayor nivel de derechos de las víctimas<sup>6</sup>. En palabras de la Corte, la *justicia transicional* se compone:

“Por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Esos mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, tienen distintos niveles de participación internacional y comprenden “el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de

---

<sup>6</sup> “De esta manera, el inciso cuarto del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012 no consagra instrumentos aislados sino un sistema complejo de justicia transicional para cumplir con las finalidades de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. “En esta medida, el Acto Legislativo 01 de 2012 se orienta a cumplir con la restricción reconocida en el bloque de constitucionalidad de la necesidad de que en todo caso se investiguen, juzguen y castiguen los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática “Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”, lo cual consiste nuevamente en un desarrollo de la obligación de garantía en contextos de conflicto armado interno (...)”. Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”.

Esta definición incorpora elementos planteados por diferentes expertos en la materia, así como la concepción que al respecto adopta el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>7</sup>. De igual forma, la Corte ha entendido que este sistema o tipo de justicia debe aplicarse solo a situaciones de excepción<sup>8</sup>, atendiendo a su carácter especial. Esta noción se estructura a partir de cuatro elementos: 1) las medidas de transición deben respetar un mínimo de justicia; que, 2) se encuentra definido por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas; 3) que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la flexibilidad de estos estándares; y 4) que para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política (Ibáñez & Sánchez, 2014).

### **Tensiones inherentes a la justicia transicional y fórmulas de solución**

De acuerdo con la definición inicial de la *justicia transicional*, es posible inferir que esta pretende solucionar las tensiones

---

<sup>7</sup> El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 4.

<sup>8</sup> “Lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional es un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de ésta” Corte Constitucional C-579 de 2013. Para apoyar esta postura, la Corte Constitucional se basa en lo establecido en la Sentencia C-771 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

que se suscitan entre la justicia y la paz, específicamente frente a la realización de los derechos de las víctimas reconocidos por el ordenamiento jurídico y por otra parte, la necesidad de lograr superar el conflicto armado. La fórmula de solución implica lograr un equilibrio entre estos dos propósitos. Para ello, la Corte Constitucional plantea que “es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)” (Corte Constitucional, C-576 de 2013), lo cual es posible a partir de la consecución de cuatro objetivos: i) el reconocimiento de los derechos de las víctimas, específicamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral; ii) el restablecimiento de la confianza pública a partir de la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron, especialmente la inclusión en los acuerdos de paz de disposiciones que expresamente respalden el respeto al Estado de Derecho; iii) la reconciliación, que implica esfuerzos para evitar la división social, recuperar un nivel de confianza y solidaridad que fomente una cultura democrática que le permita a las personas superar las experiencias de la violencia para que se sientan capaces de convivir con otros y iv) el fortalecimiento de la democracia, permitiendo una participación plural, promoviendo la inclusión de todos los ciudadanos en las instituciones políticas.

Sin embargo, la tarea de lograr una adecuada proporción entre justicia y la obtención y preservación de la paz en el contexto de una transición es muy difícil; razón por la cual, la Corte sostiene que “solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe

renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz”<sup>9</sup>. Es decir, el tipo de mecanismos transicionales y su alcance, dependerán en buena medida de las necesidades y circunstancias de cada experiencia histórica. Frente a estos desafíos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado los principios que deben ser empleados para resolver estas aporías.

Así, el primero de ellos es el de la *flexibilidad* en la aplicación de ciertos estándares de implementación de justicia<sup>10</sup>. El segundo hace referencia al *reconocimiento* de una amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición, aunque con límites establecidos en la Constitución. El tercero es precisamente la sujeción a esos límites básicos, mientras que el cuarto es el de *la aplicación del método de ponderación* por parte de las autoridades judiciales para resolver las tensiones inherentes a la implementación de mecanismos de transición (Ibáñez & Sánchez, 2014). El método de ponderación busca que el juez haga respetar los límites constitucionales establecidos para estos mecanismos de *justicia transicional*, sin sacrificar ninguno de los principios constitucionales que entran en tensión.

Para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional y resolver las múltiples tensiones que

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-771 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>10</sup> “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social”. Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 citado en Ibáñez & Sánchez, 2014.

genera su implementación, las autoridades judiciales deben incorporar y darle la prevalencia al contenido de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sobre *derecho internacional humanitario y derechos humanos*, además deben escoger y aplicar aquellas disposiciones que más favorezcan la dignidad y libertad de la persona humana, así como la vigencia de los *derechos humanos* de las víctimas. En estos contextos lo que se pretende es la adopción de soluciones que vayan más allá de las formalidades jurídicas para atender de forma efectiva las necesidades de las víctimas.

### **Ponderación y equilibrios en las reparaciones: La Corte constitucional frente a la restitución de tierras**

Hasta aquí se ha hecho una breve descripción del concepto y límites de la *justicia transicional*, haciendo hincapié en sus tensiones, pero también en los principios y fórmulas de solución que se basan en metodologías de ponderación y flexibilidad en la aplicación de ciertos estándares. Pues bien, en el presente apartado se estudia un ejemplo, que muestra como la Corte ha resuelto estas tensiones, en otro escenario diferente al de la justicia penal, específicamente la Corte hace un ejercicio de ponderación respecto a la naturaleza y límites de la acción de restitución de tierras, como medida de reparación, en el marco de la *justicia transicional*.

La acción de restitución de tierras, establecida como un mecanismo de justicia transicional, establece una naturaleza mixta que se divide en dos etapas: una administrativa y una judicial. La primera tiene como objeto la documentación de casos de despojo o abandono de tierras y la inscripción de los predios en el Registro de Tierras despojadas y abandonadas, a cargo de la Unidad Administrativa de Gestión de Restitución

de Tierras. En tanto que la etapa judicial es presidida por la justicia especializada en restitución de tierras, bajo la cual se resuelven los conflictos que se presentan entre los solicitantes y los opositores, y se define y reconoce el *derecho a la restitución y formalización de la propiedad*. La Ley establece que la inscripción en el Registro es requisito de *procedibilidad* para adelantar la etapa judicial.

Precisamente, a través de la acción de inconstitucionalidad se presentó un reparo frente a la Ley, por establecer la existencia de dicho requisito de procedibilidad ante los jueces especializados. En la demanda se sostuvo que a través de este mecanismo se vulneraban los derechos de las víctimas, especialmente los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral, entre otros, debido a que se consideraba que la existencia de un derecho debería desprenderse de hechos y no de declaraciones administrativas.

Frente a este cuestionamiento, la Corte Constitucional determinó que las actuaciones de la Unidad de Restitución de Tierras encaminadas a la inscripción de solicitudes en el Registro de Tierras, se adelantaban de conformidad con las normas legales y respetando las garantías del debido proceso, para lograr que el Registro fuera un instrumento veraz, oportuno e idóneo como presupuesto legal para la restitución por vía judicial. En esa medida, la consecución de la veracidad, oportunidad e idoneidad de la información obtenida y depurada en el Registro de tierras como presupuesto legal de la etapa de restitución judicial, al estar orientada por principios superiores, se constituye en un desarrollo del debido proceso y del principio de legalidad.

Por otra parte, el alto Tribunal planteó que los requisitos de procedibilidad para el inicio de los procesos judiciales son



coherentes con el acceso a la justicia, puesto que aseguran la efectividad y eficacia del sistema, evitando que este sufra graves distorsiones que le impidan funcionar normalmente<sup>11</sup>. Si bien estos pueden limitar en un comienzo el campo de acción de las partes, como por ejemplo los derechos que le asisten a un tercero que se opone al proceso de restitución, no implica que desconozcan su derecho de acceso a la justicia, puesto que precisamente, en la etapa judicial se amplían los mecanismos para participar en el proceso y controvertir las decisiones que los afecten.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte Constitucional determinó que la configuración del Registro como requisito de procedibilidad de la etapa judicial, no desconoce el derecho de acceso a la justicia de las víctimas ni el debido proceso:

“Para la Corte la expresión demandada contenida en el inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 es constitucional por cuanto consagra como condición la inscripción de un predio en el Registro de Tierras como requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución, lo cual en criterio de esta Sala, no atenta contra el acceso a la justicia, y supera el test de razonabilidad que ha fijado la Corte en este tipo de casos, siendo una medida con una finalidad constitucional, adecuada, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, para alcanzar los fines de restitución que se propone la norma. [...] En consonancia con lo anterior, la Sala constata (...) que el requisito de inscripción de un predio en el Registro de Tierras como requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución, supera ampliamente el test de razonabilidad que ha fijado la Corte Constitucional en este tipo de casos, pues es una medida que cumple con (1) una

---

<sup>11</sup> Para apoyar esta postura, la Corte cita las consideraciones efectuadas en la Sentencia No. C-351 de 1994.

finalidad constitucional, (2) es adecuada, idónea y necesaria, y (3) proporcional en sentido estricto”.

(1) La medida cumple con un fin constitucional el cual es la protección y garantía efectiva del derecho fundamental a la restitución de tierras a las víctimas despojadas [...], de manera que propende por lograr una restitución que atienda a los criterios de masividad, organización, planeación, igualdad y eficacia, entre otros.

(2) De otra parte, la medida se evidencia como adecuada, idónea y necesaria, ya que constituye el medio para alcanzar la relación, sistematización, organización de la información sobre los inmuebles despojados [...] en el Registro de Tierras [...], lo cual no sólo sirve como instrumento de información eficaz y necesario en el proceso de investigación y definición judicial de la restitución de tierras, sino también para la coordinación y organización de los retornos a los predios restituidos. [...] Para la Corte es por tanto claro que Legislador determinó la necesidad de un registro de tierras como requisito de procedibilidad, como una manera en que la justicia transicional podría de manera ordenada, gradual y progresiva restituir los predios despojados y abandonados a través de los jueces especializados.

(3) Finalmente, la medida no afecta de manera grave otros derechos fundamentales de las víctimas, ya que como se expuso, no vulnera ni el acceso a la administración de justicia, ni el debido proceso, ni la garantía de la restitución como parte de la reparación integral, sino que antes bien se encuentra encaminada a garantizarlas (C-715 de 2012).

Para llegar a esta conclusión, la Corte además sostuvo que tanto el acto de inscripción como su negativa, son decisiones

que deben ser motivadas de forma adecuada en la etapa administrativa. Además, la ley contempla que el acto administrativo que niega la inscripción es susceptible de ser impugnado por los afectados. De igual forma, aclaró que la inscripción de predios en el Registro no tiene un carácter definitivo ni implica una decisión de fondo sobre el *derecho a la restitución*, de allí que sea solo un requisito de carácter procedimental que no impide que las partes puedan controvertir, empleando los mecanismos de defensa en la etapa judicial.

De forma adicional, sostuvo que el establecimiento de esta etapa como prerrequisito para la instauración del proceso judicial, no implica supeditar la condición de víctima a la inclusión en el Registro de los solicitantes. Al respecto, manifestó que el Registro es tan solo una exigencia formal para el acceso a los beneficios y derechos consagrados en la ley, más no es un acto constitutivo de la calidad de víctima.

“Sobre este tema, esta Corporación ha sostenido que la condición de víctima es un hecho fáctico, que no depende de declaración o de reconocimiento administrativo alguno. En este sentido, ha consolidado una concepción material de la condición de víctima del conflicto armado, entre ellos especialmente del desplazado forzado por la violencia interna” (C-715 de 2012).

Así las cosas, el registro se constituye en un mecanismo declarativo de la condición de víctima, mientras que la ocurrencia de las situaciones fácticas que llevan a su configuración, se constituyen en los mecanismos constitutivos de la condición de víctima.

“En este orden de ideas, la Corte insiste en su jurisprudencia en relación con la distinción entre hecho constitutivo y hecho declarativo de la condición de víctima, el cual ha sido apli-

cado en el caso de las víctimas de desplazamiento forzado. Así, como se explicó, la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado que la condición de víctima de desplazamiento se genera en un hecho constitutivo de tal condición, o una situación fáctica de violencia, coacción y desplazamiento forzado, y que por tanto, no es necesario un reconocimiento administrativo de la condición de víctima para ostentar tal calidad” (C-715 de 2012).

De acuerdo con lo sostenido por la Corte, a través de un ejercicio de ponderación de derechos, la finalidad del Registro es constitucional, en la medida en que propende por lograr una restitución que atienda a los criterios de masividad, organización, planeación, igualdad y eficacia, entre otros. Para lo cual se establece como medida idónea, adecuada y necesaria, en la medida en que permite lograr la relación, sistematización y organización de la información sobre los inmuebles despojados en el Registro de Tierras, lo cual se convierte en un instrumento de información eficaz y necesario, que además permite la coordinación y organización de los retornos a los predios restituidos. Además, no vulnera ni el debido proceso ni el acceso a la justicia, por el contrario, permite su realización efectiva.

El ejemplo anterior, ilustra con claridad la forma en que la Corte resuelve las tensiones inherentes a los mecanismos de *justicia transicional*, acudiendo principalmente a los principios de flexibilidad, carácter preferente de los derechos de las víctimas en consonancia con lo dispuesto en el *derecho internacional* y la aplicación del test de proporcionalidad. A través de estas decisiones se observa cómo se conforma y delimita un marco constitucional, bajo el cual se fija la viabilidad de los mecanismos de justicia transicional.

## CONCLUSIONES

La reflexión constitucional que suscita la adopción e implementación de mecanismos de justicia transicional es fundamental para las sociedades que se encuentran realizando esfuerzos para el logro de la paz y la reconciliación. Estos mecanismos se caracterizan por aplicarse a situaciones excepcionales, en las que las normas del derecho ordinario resultan insuficientes para ponerle fin al conflicto armado y garantizar los derechos de las víctimas, principalmente a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Lo anterior se presenta en un contexto en el que se reconoce el significativo protagonismo de los jueces y específicamente del Tribunal Constitucional, en la comprensión y aplicación directa de la Carta Magna, así como del derecho internacional que se encuentra integrado a la misma. Una característica fundamental de este fenómeno es que las decisiones judiciales trascienden el caso en particular, ya que la reflexión que se suscita conlleva a la fijación de estándares y de propuestas de corrección que se formulan, con la pretensión de orientar la acción del Estado en las políticas públicas, incluso la ciudadanía cuenta con estos instrumentos para generar estrategias de exigibilidad de derechos.

En el contexto colombiano, sin duda las sentencias de la Corte Constitucional, han aportado elementos muy importantes para comprender el concepto, alcance y límites de los mecanismos de justicia transicional, estableciendo un marco bajo el cual es posible evaluar la razonabilidad de este tipo de medidas y de nuevas propuestas. Estos parámetros tienen como fundamento la búsqueda de equilibrios entre las tensiones inherentes a la adopción de estos mecanismos,

imponiéndole límites, pero a su vez demarcando un margen de maniobra suficiente para el logro de la reconciliación, sin que se limiten injustificadamente las exigencias de justicia de las víctimas del conflicto.

Con el Acto Legislativo 01 de 2012 por primera vez se reforma la Constitución para introducir en ella de forma expresa el concepto de justicia transicional, si bien es cierto que la reflexión constitucional sobre el sentido y alcance de la *justicia transicional* se remonta a normas proferidas con anterioridad a este Acto legislativo (Tales como la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011) y a sentencias de la Corte que se pronunciaron sobre su exequibilidad, la sentencia C- 579 de 2013, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la consagración de los mecanismos de justicia transicional en la constitución se convierte en un referente obligado para la comprensión de las relaciones entre constitución y justicia transicional.

En dicha sentencia se reitera la definición estándar de justicia transicional, en consonancia con lo dispuesto por Naciones Unidas, y que básicamente la concibe como un conjunto de procesos de transformación social y política profunda que cuenta con mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de conflicto, con la finalidad de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.

Estos mecanismos deben respetar un mínimo de justicia que se encuentra consagrado en el *derecho internacional* de los *derechos humanos*. Sus objetivos principales son los de i) reconocimiento de los derechos de las víctimas, específicamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación

integral; ii) el restablecimiento de la confianza pública a partir de la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron; iii) la reconciliación, que implica esfuerzos para evitar la división social, que le permita a las personas superar las experiencias de la violencia para que se sientan capaces de convivir con otros; y iv) el fortalecimiento de la democracia, permitiendo una participación plural, promoviendo la inclusión de todos los ciudadanos en las instituciones políticas. También se planteó allí que para resolver los múltiples desafíos que la *justicia transicional* suscita, es necesario aplicar los principios de *flexibilidad* en la aplicación de ciertos estándares de implementación de justicia, de *reconocimiento* de una amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición con límites establecidos en la constitución, la sujeción a esos límites básicos y por último, la aplicación del método de *ponderación*.

Estos parámetros de racionalidad para comprender los límites y el alcance de la justicia transicional en el país han tenido desarrollos diversos; por eso, al final del texto se hace un breve análisis de la utilización de los principios de flexibilidad y aplicación del método de ponderación que ha hecho la Corte a la restitución de tierras, un mecanismo de justicia transicional diferente al ámbito penal y que se enmarca en el contexto general de las reparaciones. En la sentencia C-715 de 2012 se determina que la inclusión en el Registro de Tierras despojadas de los predios y de las víctimas como requisito de procedibilidad de la acción judicial de restitución ante los jueces especializados no desconoce los derechos de acceso a la justicia ni establece cargas desproporcionadas a los terceros que tengan interés en el caso.

## REFERENCIAS

Burgos Silva, J. G. (Diciembre, 2011). “El derecho internacional en el contexto de las globalizaciones: Conflictos y transformaciones”, en *Estudios de Derecho Vol. LXVIII*. N° 152. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Fioravanti, M. (2011). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Ed. Trotta, Primera edición 2001.

García Villegas, M. (2006). “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”. García Villegas, M.; Uprimny Yepes, R.; Rodríguez Garavito, C. ¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Guzmán Rincón, A. M. (2013). “Políticas públicas y derechos humanos: puntos de convergencia en contextos democráticos”. *Criterio Jurídico Garantista*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 9, fasc. N/A p.120 - 137.

Loewenstein, K. (1959). *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego, 1983. Barcelona: Ariel.

Rodríguez Garavito, C. (2005). “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.

Rojas, D. (2013). Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho. Debates Constitucionales en nuestra América. Enfoques y tendencias*, 48.



Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano para un Derecho y una Sociedad Alternativos.

Sánchez, N. e Ibáñez, C. (2014). “La justicia transicional como categoría constitucional”. *Justicia de transición y constitución: análisis a la sentencia C-579 de 2013 de la corte constitucional* / Kai Ambos [et al.]. Bogotá: Editorial Temis.

Sieder, R. (Ed). (2011). *La judicialización de la política en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

### **Sentencias de la Corte Constitucional colombiana**

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia C-1199 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-052 de 2012.

Corte Constitucional, sentencia C-576 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013.

Corte Constitucional, sentencia C-715 de 2012.

### **Normas**

Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

Ley 1448 de 2011. “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991:  
25 AÑOS DE AVASALLAMIENTO  
NEOLIBERAL. CRÓNICA SOBRE  
LA CLAUDICACIÓN DEL ESTADO  
COLOMBIANO

*Carlos Eduardo Amaya Perdomo*

---

\* El presente artículo es producción académica de la investigación realizada en la especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia.



## **INTRODUCCIÓN**

La Constitución Política de 1991 amplió el espectro de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, siendo derruidas las estructuras anquilosadas de su decimonónica antecesora de 1886. Concluida la Guerra Fría y disuelta la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los Estados Unidos de América y sus aliados en Europa pletóricos celebraron la extinción del amenazante comunismo marxista.

Colombia no permaneció inmune al nuevo orden económico y político global. Germinó la Carta Política de 1991 y con ella, la adopción del neoliberalismo.

## **MARCO TEÓRICO DEL NEOLIBERALISMO: SU EXPLICACIÓN IDEOLÓGICA DESDE EL MARXISMO- LENINISMO**

### **Origen, evolución y conversión del valor de uso en mercancía**

Las necesidades son connaturales a la existencia del ser humano. Su origen y naturaleza es variada. Múltiples han sido las herramientas empleadas por la humanidad para su satisfacción plena. Los objetos perceptibles por los sentidos obran en función de la realización absoluta de las necesidades

humanas, deben su corporeidad y son útiles en la medida en que logran saciar a la especie humana en sus caprichos.

La utilidad de los objetos los metamorfosea en valores de uso. Se expresa la utilidad de los valores de uso en el instante que “por sus propiedades satisface necesidades humanas de cualquier clase” (Marx, 1973, p. 55). El *Arché* de los objetos yace, ora en la naturaleza, ora en el trabajo humano.

Como actividad humana:

En la medida en que produce valores de uso, en que es útil, el trabajo, con independencia de cualquier forma de sociedad, es la condición indispensable para la existencia del hombre, una necesidad eterna, el mediador de la circulación material entre la naturaleza y el hombre. (Marx, 1973, p. 61).

Los objetos dimanados del trabajo humano son portadores de un *valor* especial que los identifica y distingue de los objetos de la naturaleza: “Una cosa puede ser valor de uso sin ser valor. Para ello basta con que resulte útil al hombre sin provenir de su trabajo. Tales son el aire, los pastizales naturales, un suelo virgen, etc.” (Marx, 1973, p. 60).

Los valores de uso no suministrados por la naturaleza emanan del proceso de adecuación de las materias naturales a las necesidades humanas por intermedio la ejecución de un trabajo productivo específico, sintetizando así, la suma de dos elementos: la materia natural y el trabajo humano, siendo este último el padre y aquella la madre de los valores creados.

No obstante, en esta obra de transformación de la naturaleza en valores de uso, el ser humano permanece ensimismado ante las fuerzas naturales sin que le sea posible modificar su forma. Sustraída de los valores de uso “la suma total de los distintos trabajos útiles que contienen, siempre queda un

residuo material, algo proporcionado por la naturaleza y que nada debe al hombre” (Marx, 1973, p. 61).

Ahora, “Una cosa puede ser útil y producto del trabajo humano, sin ser mercancía” (Marx, 1973, p. 60). La mercancía constituye la forma elemental de la riqueza de las sociedades en las cuales impera el modo de producción capitalista; a su vez, la riqueza capitalista se presenta como una inmensa acumulación de mercancías.

Ante todo, la totalidad de las mercancías son:

- Elementos tangibles.
- Valores de uso.

Empero, NO todos los valores de uso encarnan *per se*, una mercancía: “Quien por medio de su producto satisface sus propias necesidades, sólo crea un valor de uso personal. Para producir mercancías, no sólo debe producir valores de uso, sino además, valores de uso para otros, valores de uso sociales” (Marx, 1973, p. 60).

Con ocasión de las relaciones de producción surgidas durante el feudalismo, entendido este como el “antiguo régimen de reyes y grandes señores de la tierra que dominó al mundo por más de quince siglos” (Suárez, 2002, p. 17):

El campesino de la Edad Media producía el tributo en trigo para el señor feudal, el diezmo en trigo para su párroco. Pero ni el trigo del tributo ni el del diezmo se convertían en mercancía porque se produjesen para otros. Para transformarse en mercancía, el producto debe ser entregado al *otro*, a quien le sirve como valor de uso, por medio de un intercambio. (Engels, 1963, p. 60).

No se afianzó interacción o trueque comercial alguno entre los valores de uso y sus respectivos creadores, quienes,

corolario de la ausencia de utilidad social o valor de cambio en sus obras, no cosecharon ninguna contraprestación o beneficio por el despliegue de su capacidad laboral. *Contrario sensu*, las castas monárquicas, nobiliarias y terratenientes sojuzgaron a sus siervos y vivieron “como parásitos del trabajo del universo conocido hasta entonces” (Suárez, 2002, p. 17).

En la sociedad capitalista, los valores de uso, son, de manera coetánea, los soportes materiales del valor de cambio comercial.

### **El valor de la mercancía y su magnitud**

En el marco de la consolidación del modo de producción capitalista germinan las relaciones de intercambio en virtud de las cuales las mercancías se canjean en las proporciones más diversas por otros artículos. Sin embargo, “su valor de cambio permanece inmutable, sea cual fuere la manera en que se lo exprese (...) Por consiguiente debe tener un contenido distinto de esas diferentes expresiones” (Marx, 1973, p. 56).

La interacción de cambio entre dos mercancías está representada por una *ecuación* en razón de la cual *una mercancía se considera igual o equivalente a la otra*:

¿Qué significa esta ecuación? Que en dos objetos distintos, (...) hay algo en común. Los dos objetos, entonces, son iguales a un *tercero*, que por sí mismo no es ni el uno ni el otro. Como valor de cambio, cada uno de los dos debe ser reducible al tercero, con independencia del otro. (...) los valores de cambio de las mercancías deben ser reducidos a algo que les sea común y de lo cual representen un más o un menos. (Marx, 1973, p. 57).

La semejanza enunciada dista de las cualidades naturales de las mercancías, las cuales, son consideradas en la medida en que brindan una utilidad que las convierte en valores de uso.

El proceso de intercambio mercantil implica la abstracción del valor de uso de las mercancías. La generalidad de las relaciones de cambio se caracteriza por esa abstracción, en virtud de la cual un valor de uso equivale a otro. Como valores de uso “las mercancías son ante todo de diferente calidad; como valores de cambio sólo pueden ser de distinta cantidad” (Marx, 1973, p. 57).

Aislado el valor de uso de las mercancías, persiste incólume su atributo común: Ser productos del trabajo humano.

Sólo queda el carácter común de dichos trabajos; todos se reducen al mismo trabajo humano, a una inversión de fuerza humana de trabajo, sin referencia a la forma particular en que se la invirtió (...) en su producción se invirtió una fuerza de trabajo humana, en ellos se acumuló trabajo humano. Como cristalizaciones de esa sustancia social común, se los considera valores (Marx, 1973, p. 57- 58).

El valor se configura en el común denominador de las mercancías y adquieren tal valor toda vez que en ellas se ha materializado un trabajo, luego, las mercancías son de manera simultánea:

- Objetos de utilidad.
- Portadores de valor.

Ataño medir la magnitud del valor de las mercancías:



<b>Variable</b>	<b>Unidad de medida (Magnitud)</b>
Mercancía	Valor
Valor	Trabajo
Trabajo	Tiempo
Tiempo	Segundos, minutos, horas, días, semanas, meses, años, etc.

Cuadro elaborado por el autor del capítulo

La magnitud del valor de las mercancías será deducida con base en la cantidad de sustancia creadora de valor empleada en su fabricación: El trabajo humano. La dimensión del trabajo humano se establecerá por su duración en el tiempo. A su vez, el tiempo de trabajo será cronometrado en *segundos, minutos, horas, días, semanas, meses, años, etc.*

De acuerdo con Marx:

El trabajo que forma la sustancia del valor de las mercancías es trabajo igual e indistinto, una inversión de la misma fuerza. La fuerza de trabajo de la sociedad toda, que se manifiesta en el conjunto de los valores, sólo cuenta, pues, como fuerza única, aunque se componga de innumerables fuerzas individuales. Cada fuerza de trabajo individual es igual a cualquier otra, en la medida en que posee el carácter de una fuerza social promedio y funciona como tal, es decir, que en la producción de una mercancía sólo emplea el tiempo de trabajo necesario, término medio, o el tiempo de trabajo socialmente necesario.

El tiempo socialmente necesario para la producción de las mercancías es el que exige todo trabajo, ejecutado con el grado medio de habilidad e intensidad, y en condiciones normales respecto del medio social dado. (...)

Por consiguiente, solo la cantidad de trabajo, o el tiempo de trabajo necesario, en una sociedad dada, para la producción de un artículo, determina la cantidad de su valor (Marx, 1973, p. 58).

Las mercancías producidas en el mismo tiempo contienen idénticas cantidades de trabajo, ergo, portan el mismo valor. La magnitud del valor de las mercancías permanece constante si lo mismo sucede con el tiempo de trabajo necesario para su producción.

No obstante, el tiempo de trabajo necesario para la producción de las mercancías:

Varía con cada modificación de la fuerza productiva del trabajo, que por su parte depende de distintas circunstancias, entre otras de la habilidad media de los trabajadores; del desarrollo de la ciencia y del grado de su aplicación tecnológica; de las combinaciones sociales de la producción; de la amplitud y eficacia de los medios para producir y de condiciones puramente naturales (...) En general, cuanto mayor es la fuerza productiva del trabajo, tanto más breve será el tiempo de trabajo necesario para la producción de un artículo, menor la masa de trabajo cristalizada en él, y más reducido su valor (Marx, 1973, p. 59).

A la inversa, “Cuanto más pequeña es la fuerza productiva del trabajo, mayor es el tiempo necesario para la producción de un artículo y mayor su valor” (Marx, 1973, p. 59).

En conclusión, “El valor de una mercancía varía, entonces, en proporción directa de la cantidad y en proporción inversa de la fuerza productiva del trabajo que se realiza en ella” (Marx, 1973, p. 59).

## **Perfeccionamiento de los medios y las relaciones de producción de las mercancías**

Derruidos los rústicos medios y extintas las relaciones individuales de producción del feudalismo, se consolidó la Revolución Industrial entre la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.

La manufactura, el empleo de la máquina, la aplicación de la química a la industria y a la agricultura, la navegación de vapor, el ferrocarril, el telégrafo eléctrico, etc., potencializaron las fuerzas productivas de la humanidad hasta niveles nunca antes conocidos.

Emerge el capitalismo primigenio, imperando en él, la libre concurrencia y la anarquía social en la producción de mercancías. La fabricación ilimitada de mercancías en el marco de la libre concurrencia por un sinnúmero de productores es el germen de la anarquía social inmanente al capitalismo embrionario expresada en:

- Superproducción de mercancías.
- Abarrotamiento de los mercados.
- Exceso de la oferta sobre la demanda.

El grado consciente del ser humano en su condición de partícipe en las relaciones capitalistas de producción fue objeto del siguiente análisis:

Con el hombre entramos en la *historia*. También los animales tienen una historia, la de su origen y desarrollo gradual hasta su estado presente. Pero los animales son objetos pasivos de la historia, y en cuanto toman parte de ella, esto ocurre sin su conocimiento o deseo. Los hombres, por el contrario, a medida que se alejan más de los animales en el sentido

estrecho de la palabra, en mayor grado hacen su historia ellos mismos, conscientemente y tanto menor es la influencia que ejercen sobre esta historia las circunstancias imprevistas y las fuerzas controladas, y tanto más exactamente se corresponde el resultado histórico con los fines establecidos de antemano. (...).

Darwin no sospechaba que sátira tan amarga escribía de los hombres, y en particular de sus compatriotas, cuando demostró que la libre concurrencia, la lucha por la existencia celebrada por los economistas como la mayor realización histórica, era el estado normal del *mundo animal*.

Únicamente una organización consciente de la producción social en la que la producción y la distribución obedezcan a un plan, puede elevar socialmente a los hombres sobre el resto del mundo animal, del mismo modo que la producción en general los elevó como especie. El desarrollo histórico hace esta organización más necesaria y más posible cada día (Engels, 1957, pp. 495- 496).

Y mientras en el entorno natural las especies débiles perecen ante las fuertes, en la órbita comercial *laissez faire, laissez passer*, el gran productor absorbe al pequeño productor que ha claudicado en el “juego” de la competencia mercantil. El viejo capitalismo alcanza su etapa monopolista y ha mutado en imperialismo, su fase superior:

El imperialismo ha surgido como desarrollo y continuación directa de las propiedades fundamentales del capitalismo en general. Pero el capitalismo se ha trocado en imperialismo capitalista únicamente al llegar a un cierto grado muy alto de su desarrollo, cuando algunas de las propiedades fundamentales han comenzado a convertirse en su antítesis, cuando han tomado cuerpo y se han manifestado en toda la línea los rasgos de la época de transición del capitalismo a una estructura económica y social más elevada... El mono-

polio es el tránsito del capitalismo a un régimen superior (Lenin, 1968, pp. 111-112).

En su fase monopolista-imperialista, el capitalismo ha adquirido nuevos rasgos:

*La concentración de la producción y del capital llegada hasta un grado tan elevado de desarrollo, que ha creado los monopolios, que desempeñan un papel decisivo en la vida económica.*

El monopolio capitalista representa el culmen de la libre competencia y estriba en la concentración de los medios de producción mercantil en un reducido número de colosales productores:

La combinación nivela las diferencias de coyuntura y garantiza, por tanto, a la empresa combinada una norma de beneficio más estable. En segundo lugar, la combinación determina la eliminación del comercio. En tercer lugar, hace posible el perfeccionamiento técnico y, por consiguiente, la obtención de ganancias suplementarias en comparación con las empresas “puras” (es decir, no combinadas). En cuarto lugar, consolida la posición de la empresa combinada en comparación con la “pura”, la refuerza en la lucha de competencia durante las fuertes depresiones (estancamiento de los negocios, crisis), cuando la disminución del precio de la materia prima va a la zaga con respecto a la disminución de los precios de los artículos manufacturados (Hilferding, 1985, p. 254).

## **El capital financiero**

La actividad intermediaria de los bancos se altera con el surgimiento del monopolio bancario en la fase imperialista del capitalismo:

A medida que van desarrollándose los bancos y que va acentuándose su concentración en un número reducido de establecimientos, de modestos intermediarios que eran antes, se convierten en monopolistas omnipotentes que disponen de casi todo el capital monetario de todos los capitalistas y pequeños patronos, así como de la mayor parte de los medios de producción y de las fuentes de materias primas de uno o de varios países. Esta transformación de los numerosos y modestos intermediarios en un puñado de monopolistas constituye uno de los procesos fundamentales de la transformación del capitalismo en imperialismo capitalista (Lenin, 1968, p. 33).

El monopolio bancario gobierna el conglomerado de las transacciones industriales y comerciales del capitalismo imperialista, logrando así:

- Recaudar la información exacta acerca del estado financiero de los negocios de sus depositarios capitalistas.
- Controlar los negocios de sus depositarios capitalistas por intermedio de la ampliación o restricción del crédito.
- Orientar el destino de los negocios de sus depositarios capitalistas determinando su rentabilidad y/o autorizando su acceso al capital monetario.

Asociado el capital del monopolio bancario junto con el capital del monopolio industrial aflora el capital financiero:

Una parte cada día mayor del capital industrial no pertenece a los industriales que lo utilizan. Pueden disponer del capital únicamente por mediación del banco, que representa, con respecto a ellos, al propietario de dicho capital. Por otra parte, el banco también se ve obligado a colocar en la industria una parte cada vez más grande de su capital. Gracias a esto, se convierte, en proporciones crecientes, en capitalista

industrial. Este capital bancario, por consiguiente, capital en forma de dinero, que por este procedimiento se trueca de hecho en capital industrial, es lo que llamo capital financiero. El capital financiero es el capital que se halla a disposición de los bancos y que es utilizado por los industriales (Hilferding, 1985, pp. 338-339).

### **Exportación de mercancías, flujo de capitales y política colonial**

El perfeccionamiento de la fuerza productiva industrial potencializó la capacidad de fabricación mercantil, incrementó el volumen de los artículos comerciales, agilizó el tiempo de trabajo humano y devaluó las mercancías: “a una masa creciente de la riqueza material puede corresponder un decrecimiento simultáneo de su valor” (Marx, 1973, p. 64).

El ánimo de lucro innato al monopolio capitalista (industrial y bancario) engendró la exportación de mercancías y el flujo de capitales, una vez colmado el mercado interno por el excedente de mercancías y la abundancia de capital ocioso.

Los capitales invertidos en el comercio exterior pueden dar una tasa de ganancia más elevada porque, ante todo, en este caso se entra en competencia con países cuyas facilidades de producción de mercancías son menores, de manera que el país más avanzado venderá sus mercancías por encima de su valor, aunque las entregue más baratas que los países competidores. (...) En cuanto a los capitales invertidos en las colonias (...) se encuentran, por otra parte, en condiciones de rendir tasas de ganancia más elevadas porque debido al menor desarrollo la tasa de ganancia es allí, en términos generales más elevada, y más alta también, a consecuencia (...) de la explotación de trabajo (Marx, 1973, p. 258).

El colonialismo es la expresión política del imperialismo, en virtud de la cual el monopolio capitalista (industrial y bancario) somete a sus intereses económicos al resto de las naciones de La Tierra y a los Estados titulares de independencia jurídica- política o carentes de ella:

<b>Colonialista</b>	<b>Colonia</b>
Exportación de mercancías	Importación de mercancías
Emisor de capitales	Receptor de capitales
Extensión de su base industrial	Destrucción de su base industrial
Transformador de materias primas	Proveedor de materias primas

Cuadro elaborado por el autor del capítulo

### **El carácter neoliberal de la Constitución Política de 1991 decantado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia**

La integración de la economía colombiana en la era de la Globalización se finiquitó con la Constitución Política de 1991, en particular con los artículos 226 y 227.

El deber constitucional de la internacionalización e integración económica del Estado en el contexto de la Globalización neoliberal se consumó mediante la suscripción de varios tratados o acuerdos comerciales declarados exequibles por la Corte Constitucional de Colombia.

El criterio jurisprudencial construido en virtud del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional de Colombia durante los 25 años de existencia de la Constitución Política de 1991 ha decantado el carácter neoliberal de la Carta, salvaguardado a ultranza por el Tribunal:



## **Antinomia Globalización económica vs. Soberanía nacional**

El art. 226 de la Constitución al ordenar la promoción de relaciones cada vez más globales en materias económicas, sociales y políticas, reconoce la tendencia a la desaparición gradual de un mundo de naciones- Estado separadas, con economías restringidas a los límites territoriales, porque tal conformación va dando paso a una situación de grandes bloques geográficos y económicos. (...) Junto con la actitud democrática y la tendencia internacionalizante, la preferencia por la integración económica, social y política en lugar de una política aislacionista, es (...) elemento fundamental de la política exterior de la República (Corte Constitucional, octubre 22, 1992).

La desaparición de las fronteras nacionales, para determinados efectos, parece ser; en el largo plazo, un estado de cosas del que los Estados no podrán sustraerse con facilidad. En la actualidad, el proteccionismo económico, que incita a los países a replegarse sobre sí mismos, ignorando los flujos y reflujos del comercio internacional, sólo puede conducir a que los países que lo llevan a cabo se sometan a sí mismos al ostracismo y se conviertan en una especie de parias de la sociedad internacional. En este orden de ideas, la internacionalización de las relaciones económicas se convierte en un hecho necesario para la supervivencia y el desarrollo de los Estados que trasciende las ideologías y los programas políticos (Corte Constitucional, mayo 3, 2007).

El concepto de soberanía nacional, no puede entenderse hoy bajo los mismos presupuestos de la teoría constitucional clásica toda vez que ha ido evolucionando atendiendo

distintos factores como la globalización de los mercados, que implica una concepción más flexible de dicho principio. (...) El principio de soberanía nacional, antes concebido como un concepto rígido y absoluto ha ido evolucionando hacia un nuevo significado caracterizado por la flexibilidad en su interpretación en la búsqueda del desarrollo y bienestar económico y social de los pueblos. (...) La vulneración del principio de soberanía nacional debe estar precedida en la superación del concepto absoluto que se tenía sobre dicho principio toda vez que ha sido abandonado por la tendencia internacionalizante de las economías a nivel mundial. El proteccionismo a ultranza en países con economías en vía de desarrollo como el nuestro puede repercutir desfavorablemente por lo que se hace menester cumplir los imperativos constitucionales de integración económica y comercial bajo los límites impuestos por el ordenamiento constitucional (Corte Constitucional, julio 24, 2008).

### **Zonas de Libre Comercio**

La libertad de tránsito de bienes originados en cualquiera de los dos países, y la posibilidad de participar en las diferentes ferias comerciales que uno u otro celebren, (...), todo lo cual, además de resultar propicio para el propósito de incrementar y fortalecer nuestras relaciones comerciales, (...), se ajusta de manera estricta a las disposiciones de nuestro ordenamiento superior y contribuye a promover la integración económica, social y política con las demás naciones del mundo (Corte Constitucional, septiembre 15, 1998).

En el actual panorama de la globalización de la organización mundial, es común la celebración de acuerdos de promoción y regulación del comercio recíproco, mediante

la constitución de zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes y comunidades económicas, cuya finalidad es garantizar el mejoramiento de las condiciones mercantiles, el desarrollo y crecimiento de la economía y, en general, la competitividad de los países miembros. (...) A juicio de esta Corporación, (...) en cuanto crea una zona de libre comercio a través del establecimiento de un programa de liberación comercial que permite la desgravación de los aranceles que afectan la libre importación de bienes, (...) en nada contradice el Texto Superior. Para la Corte, (...) dicha determinación se ajusta a la Constitución, (...) porque permite promover la internacionalización e integración económica del Estado colombiano (Corte Constitucional, octubre 19, 2006).

### **Eliminación de los aranceles aduaneros**

La desgravación arancelaria permitida frente a la cebada y el trigo si bien puede llegar a ocasionar pérdidas económicas para sus productores, no por ello se torna en inconstitucional, ni desconoce el deber del Estado de asegurar la producción de alimentos (C. P. art. 65), pues dicha medida corresponde a un típico juicio de conveniencia económica que surge como resultado de las negociaciones que se plantean alrededor de tratados complejos, (...), en donde cada Estado Contratante cede parte de sus intereses, en aras de lograr la apertura de mercados para sus productos (Corte Constitucional, octubre 19, 2006).

La eliminación arancelaria, de manera gradual, resulta de vital importancia para el acceso preferencial a los mercados, con la señalación clara y precisa de las condiciones en que

los productos podrán ingresar a cada uno de los Estados parte, lo cual dependerá de la remoción paulatina y gradual de las barreras comerciales (...) la eliminación arancelaria constituye un mecanismo que facilitará el proceso de intercambio comercial. Su realización progresiva resulta legítima a la luz de la Constitución toda vez que cumple los principios de equidad y reciprocidad que soportan la integración económica atendiendo los diferentes niveles de crecimiento y desarrollo de los Estados Partes (Corte Constitucional, julio 24, 2008).

### **Subsidios a la exportación agrícola**

Se acuerda como objetivo de las Partes, el logro de la eliminación multilateral de subsidios a la exportación de bienes del sector agropecuario, no obstante que se reconoce la existencia de medidas de apoyo interno a este sector; empero, también se reconoce que estas medidas pueden distorsionar el comercio y afectar la producción; por ello, bajo este entendimiento, en el Tratado se advierte que el apoyo a los productores agropecuarios debe hacerse evitando que se generen efectos de distorsión del comercio y la producción, o que estos sean mínimos (Corte Constitucional, abril 25, 1995).

Los compromisos adquiridos por los Estados Parte en orden a eliminar multilateralmente los subsidios a las exportaciones de mercancías agrícolas y el trabajar juntas con miras a (...) su eliminación y reintroducción bajo cualquier forma, no merece reproche constitucional alguno en los términos mencionados. (...) el otorgamiento de subsidios agrícolas puede generar distorsiones en el comercio mundial (...) Para la Corte ello hace indispensable que el objetivo de la

eliminación multilateral de subsidios a la exportación de las mercancías agrícolas (...) se lleve a cabo en el menor tiempo posible (Corte Constitucional, julio 24, 2008).

### **Principio de trato nacional y Nación más favorecida**

El principio de trato nacional “exige que una vez hayan entrado los productos y servicios a un mercado, entonces deben recibir un trato no menos favorable que los productos y servicios nacionales equivalentes” (Corte Constitucional, mayo 14, 2002); en el de Nación más favorecida “un Estado se obliga a dar a otro un trato no menos favorable que el que se concede a sus propios nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado” (Corte Constitucional, abril 23, 2002). Ambos se ajustan a la Constitución, según la Corte, ya que pretende eliminar las desigualdades jurídicas y hacer efectivo el trato igualitario para los inversionistas y comerciantes extranjeros (Corte Constitucional, julio 24, 2008).

La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida, hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. (...) a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados nace de forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula. (...) Sí una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales (Corte Constitucional, julio 24, 2008).

**Constitución Política de 1991:  
25 años de avasallamiento neoliberal.  
Crónica sobre la claudicación del Estado colombiano**

La economía colombiana apadrinó los dogmas neoliberales planteados por el Consenso de Washington en el año 1989 (Eficiencia de las leyes de mercado; Libre comercio exterior: Fuente principal de la riqueza de las naciones; Auspicio del ahorro y el robustecimiento de las economías receptoras de los flujos de capitales; Sustitución del Estado por el sector privado en áreas de bienestar social).

El alud de mercancías y de capitales sepultó a la economía colombiana. En consonancia con Suárez (2002), el crecimiento de la industria y la agricultura registró índices negativos no alcanzados en cincuenta años, el mercado nacional agropecuario fue avasallado con el ingreso de 21 millones de toneladas de productos agrícolas y pecuarios y la balanza del comercio exterior industrial reportó un déficit de 20000 millones de dólares.

Firmas industriales y agropecuarias, para competir en mejores condiciones, decidieron importar, con créditos en dólares, maquinarias y equipos. Suponían que los aumentos de la producción encontrarían fácil respuesta en las demandas del mercado nacional. Sus ilusiones se desvanecieron cuando las mercancías extranjeras se tomaron los mercados de volumen, tanto los agrícolas como los de manufacturas, debido a los bajos precios (Suárez, 2002, p. 26).

La circulación de capitales se direccionó mediante la inversión extranjera directa hacia sectores otrora administrados por el Estado (Servicios públicos). Durante el período

1990- 1994 descendió en porcentajes notorios el recaudo de los aranceles (Derechos de aduana por concepto de ingreso a Colombia de bienes extranjeros) de importación para bienes de consumo (ropa, trigo y productos agrícolas alimentarios), intermedios (gasolina, papel, hilados, materias químicas y tubos de acero) y de capital (maquinarias, equipos técnicos y de transporte):

<b>Aranceles nominales en Colombia para mercancías extranjeras 1991- 1994 (%)</b>				
	<b>1991</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>
Bienes de consumo	40, 7	17, 1	17, 0	16, 8
Bienes intermedios	27, 7	10, 0	9, 8	9, 8
Bienes de capital	23, 5	10, 4	10, 5	10, 4

Fuente: Suárez Montoya, Aurelio. Modelo del FMI Economía Colombiana 1990-2000. p. 23, Ediciones Aurora, Bogotá, D. C., febrero de 2002.

Saturado el mercado nacional en razón de la liberalización comercial y financiera de la economía colombiana, las exportaciones no compensaron lo importado, ocasionándose un déficit recurrente en la cuenta corriente de la balanza de pagos.

La *apertura económica* causó para Colombia:

Graves y recurrentes déficits en sus operaciones externas que se reflejan en lo que se conoce como la *cuenta corriente*. Sí una nación exporta menos de lo que importa o paga más capital del que le pagan, tendrá una balanza de pagos negativa cada año y se verá precisada a financiar con préstamos los respectivos faltantes (Suárez, 2002, p. 44).

En consonancia con la supremacía global del capital financiero y su dominio sobre el ejercicio fiscal de los Estados:

El Fondo Monetario Internacional, FMI, asumió el control del sistema monetario por medio de tasas estabilizadoras de intercambio luego de la Conferencia de Bretton Woods, en 1944. Como organismo centralizador y coordinador de las políticas globales del capital financiero, tiene como misión principal intervenir en las economías con dificultades en sus balanzas de pagos. Por consiguiente, cuando el servicio de las deudas comienza a elevarse, y se nota que los países aumentan el riesgo de cesación de pagos, exige medidas de ajuste para garantizar que los intereses y las amortizaciones de los principales retornen a las cajas de caudales de los prestamistas y no se interrumpan los flujos de capital. No interviene como un signo de confianza en las economías sino como clara señal de desconfianza. (...) Las economías receptoras deben convertir en prioridad de las políticas económicas, las políticas fiscales y, de éstas, lo primero es la honra de las obligaciones con sus deudas públicas (Suárez, 2002, p. 33).

La contratación de empréstitos entre la República de Colombia y el Fondo Monetario Internacional (FMI) condicionó el desembolso del crédito al cumplimiento cabal por parte del Estado de draconianas e inconstitucionales políticas de austeridad fiscal:

En el modelo económico neoliberal impuesto, “el déficit, cuando ocurre, debe cubrirse, por mandato constitucional (...) con endeudamiento y no con emisión de moneda. El endeudamiento se ha convertido en una exacción constante del erario” (Suárez, 2012, p. 134).

El endeudamiento externo se ha constituido en la principal variable de la gestión fiscal del Estado durante los 25 años de vigencia de la Constitución Política de 1991:



Medidas de ajuste fiscal impuestas por el Fondo Monetario Internacional (Disminución del gasto social)	Disposiciones constitucionales transgredidas	Concepto de la vulneración constitucional elaborado por el autor.
<p><b>Acto Legislativo 01/2001</b></p> <p>Descentralización de recursos.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Modificación de la tendencia histórica de crecimiento de las transferencias destinadas para la atención en salud y educación.</li> <li>• Disminución de las transferencias para la atención en salud y educación desde la inflación anual más 3,3 % hasta la inflación anual más 1,5 % hasta el año 2007.</li> <li>• Desde el año 2008, la cuantía de las transferencias para la atención en salud y educación estuvo atada a la volatilidad de los ingresos corrientes de la Nación.</li> <li>• Reducción de 9,9 billones de pesos corrientes en las transferencias destinadas para la atención en salud y educación.</li> </ul> <p>Municipalización de la salud y la educación</p> <p>Documento Conpes sobre el Plan de sostenibilidad del ISS en el área de salud</p>	<p><b>Artículo 49 Constitución Política de Colombia</b></p> <p>La atención en 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 en salud. (Const. Colombia, art. 49, 1991)</p> <p><b>Artículo 67 Constitución Política de Colombia</b></p> <p>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. (Const. Colombia, art. 67, 1991)</p>	<p><i>El recorte presupuestal a las transferencias destinadas para la atención en salud y educación de los colombianos en los niveles nacional y territorial significó un obstáculo en acceso de los ciudadanos a la prestación de estos servicios.</i></p> <p><i>La restricción presupuestal impuesta por el Fondo Monetario Internacional y aplicada de manera obediente por el Estado limitó la materialización de los derechos constitucionales fundamentales a la educación y a la salud, en especial, de la población con menores ingresos económicos, considerando su contenido prestacional y teniendo en cuenta que su eficacia depende de las partidas presupuestales giradas y ejecutadas por el Estado para su realización plena.</i></p>

Medidas de ajuste fiscal impuestas por el Fondo Monetario Internacional (Disminución del gasto social)	Disposiciones constitucionales transgredidas	Concepto de la vulneración constitucional elaborado por el autor.
<p>“Reducir rigideces en el gasto de <b>destinación específica</b>”</p> <p>“El mecanismo de transferencias a los Gobiernos locales y regionales implica un potencial riesgo para las finanzas del <b>Gobierno central a partir de 2009</b>”</p>		
<p><b>Sistema General de Seguridad Social en Pensiones</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Eliminación de regímenes especiales de pensiones.</li> <li>• Disminución de las cotizaciones a los regímenes oficiales de pensiones y seguridad social.</li> <li>• Congelación en pesos nominales de los trasladados a los fondos especiales del magisterio, las fuerzas armadas y la rama jurisdiccional hasta su extinción en el año 2010.</li> <li>• Traslado de los afiliados de los regímenes especiales de pensiones a los fondos privados (Aumento de la edad y los aportes pensionales. Reducción del monto pensional).</li> <li>• Ahorro estatal de 450 millones de dólares en el año 2001.</li> </ul>	<p><b>Artículo 48 Constitución Política de Colombia</b></p> <p>La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.</p> <p>Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (Const. Colombia, art. 48, 1991)</p>	<p><i>Las instrucciones del Fondo Monetario Internacional en lo relacionado con el derecho constitucional fundamental e irrenunciable de todos los colombianos a la Seguridad Social Integral contraviene el principio de progresividad y favorabilidad en materia pensional.</i></p> <p><i>La supresión de los regímenes especiales, la alteración de los requisitos para el reconocimiento y desembolso de las pensiones y los planes de sostenibilidad financiera, control y recorte presupuestal comprometen la concreción de este derecho de contenido prestacional y lesiona el interés de los beneficiarios pensionales.</i></p>

Medidas de ajuste fiscal impuestas por el Fondo Monetario Internacional (Disminución del gasto social)	Disposiciones constitucionales transgredidas	Concepto de la vulneración constitucional elaborado por el autor.
<p>Ley de reforma al régimen de pensiones de maestros, militares y otros grupos</p> <p>Implementación Plan Conpes para la sostenibilidad del ISS</p> <p>Presentación proyecto al Congreso para eliminar regímenes especiales de pensiones, mesada 14 y poner tope de 25 salarios mínimos</p> <p>“Eliminar regímenes especiales y el pago de la mesada 14 para nuevos pensionados, así como imponer un tope máximo a las pensiones”</p> <p>“Reducir aún más el déficit actuarial, en el mediano plazo. Se necesitarán reformas adicionales”</p>		
<p><b>Ley 617/2000</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Reducción del tamaño del Estado.</li> <li>● Desconocimiento y vulneración del régimen de carrera administrativa a través del despido masivo de servidores públicos. (Empleados públicos y trabajadores oficiales del sector público).</li> <li>● Ajuste fiscal a entidades territoriales.</li> </ul> <p>Bajas alzas salariales y congelaciones de sueldos</p>	<p><b>Artículo 125 Constitución Política de Colombia</b></p> <p>Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...) El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen</p>	<p><i>El régimen de carrera administrativa es un principio medular dentro de la estructura de la fórmula política Estado social de derecho adoptada por la Constitución Política de 1991, en el entendido que la realización absoluta de los fines esenciales del Estado está condicionada a la estabilidad laboral y vocación de permanencia en el empleo de los</i></p>

Medidas de ajuste fiscal impuestas por el Fondo Monetario Internacional (Disminución del gasto social)	Disposiciones constitucionales transgredidas	Concepto de la vulneración constitucional elaborado por el autor.
Decreto para eliminar vacantes del sector público	disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (Const. Colombia, art. 125, 1991)	<p><i>servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) que actúan en su nombre.</i></p> <p><i>Ello implica el derecho del funcionario a percibir una remuneración salarial que conserve su capacidad adquisitiva en el futuro y le garantice un mínimo vital y a mantener su empleo, salvo la comisión de conducta que se adecue a una de las causales de retiro contempladas por la Constitución y la Ley.</i></p> <p><i>Las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional en lo atinente a la congelación de salarios y despidos masivos de los servidores públicos contrarían el mandato constitucional de salvaguarda del régimen de carrera administrativa y omite el deber de motivación de los actos de insubsistencia de los servidores públicos retirados del empleo estatal.</i></p>

Fuente: Suárez Montoya, Aurelio. Confianza inversionista. Economía colombiana, primera década del siglo XXI. Ediciones Aurora, Bogotá, D. C., abril de 2012.

<b>Servicio de la deuda externa de Colombia 1990-1999</b>										
(En billones de pesos corrientes)										
	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Intereses	0,217	0,267	0,285	0,392	0,375	0,383	0,467	0,673	1,042	1,56
Amortización o abono a capital	0,324	0,446	0,430	0,705	0,672	0,624	0,740	0,805	0,998	1,86
% Anual en el Presupuesto General de la Nación (PGN)	-	8,6%	7,4%	9,9%	9,3%	15,7%	24%	28,5%	27%	30%

**Fuente:** Suárez Montoya, Aurelio. Modelo del FMI Economía Colombiana 1990-2000, p. 43, Ediciones Aurora, Bogotá, D. C., febrero de 2002. Adaptación hecha por el autor.

<b>Servicio de la deuda externa de Colombia 2000-2009</b>										
(En billones de pesos)										
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Intereses	7,1	8,34	8,75	10,31	10,83	10,27	13,66	15,3	14,15	14,8
Amortización o abono de capital	7,93	11,76	11,91	14,27	13,14	16,82	20,21	20,5	19,19	15,29
% Anual en el Presupuesto General de la Nación (PGN)	35,5%	36,9%	37,2%	41,3%	36,3%	36,8%	40%	35,8%	33%	28%

**Fuente:** Suárez Montoya, Aurelio. Confianza inversionista. Economía colombiana, primera década del siglo XXI, pp. 136-138, Ediciones Aurora, Bogotá, D. C., abril de 2012. Adaptación hecha por el autor.

La deuda externa de Colombia “se convirtió en símil del suplicio de Sísifo” (Suárez, 2002, p. 51).

La mitología griega cuenta que Sísifo, hombre muy astuto que se enfrentó a los dioses con múltiples artimañas, fue condenado a empujar por toda la eternidad una enorme roca hasta la cima de un monte, pero en cuanto llegaba a ella, la roca se precipitaba de nuevo y Sísifo tenía que volver a subirla (Suárez, 2002, p. 51).

El Banco de la República (2015) situó la deuda externa de Colombia en US 111.197 millones, US 9.915 millones adicionales en comparación con la cifra de endeudamiento externo reportada en el año 2014 (US 101.282 millones).

Saldo vigente de la deuda externa de Colombia (Millones de dólares)						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Saldo deuda externa de Colombia	US64.138	US75.568	US78.734	US91.976	US101.282	US111.197
% Producto Interno Bruto (PIB) nominal anual	22,5 %	22,5 %	21,3 %	24,2 %	26,8 %	38,1 %

Fuente: Banco de la República. Adaptación hecha por el autor.

## CONCLUSIONES

La Corte Constitucional de Colombia no reconoce en su jurisprudencia quebranto alguno a la soberanía económica y fiscal del Estado o anomalía que mancille la integridad de la Constitución Política de 1991, si en razón del deber de internacionalización e integración económica que le asiste al Estado colombiano, son adoptadas en nuestro medio las reglas de liberalización comercial y financiera de la Globalización y el neoliberalismo, ergo, al declarar exequible la creación de las zonas de libre comercio, la eliminación de los aranceles aduaneros y de los subsidios de exportación agrícola, además de la aplicación irrestricta del principio de trato nacional y Nación más favorecida, develó en su máxima expresión la naturaleza neoliberal de la Carta Política de 1991. En consecuencia, es válido inferir que la Corte Constitucional de Colombia es neoliberal porque la Constitución Política de 1991 es, sin ninguna duda, en esencia, neoliberal.

Ello, considera el autor, ha reforzado el dominio neocolonial del monopolio capitalista financiero mundial (Industrial y bancario) sobre Colombia, pese a su autonomía legislativa, judicial y político-administrativa en sentido formal, menoscabándose su soberanía nacional y atornillándola en su condición neocolonial de importadora de mercancías, receptora de flujos de capitales y proveedora de materias primas, consumándose así, la destrucción de su base industrial nacional.

La descomunal importación de mercancías aunada con la excesiva inversión de capitales extranjeros ocasionó un déficit constante en la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia.

El empréstito internacional equilibró la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia e ingresó en calidad de activo fiscal al Presupuesto General de la Nación (PGN) durante la anualidad en la que fue girado el préstamo al Estado desde los organismos multilaterales del capital financiero mundial, entre ellos, el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Caducada la anualidad fiscal, el crédito otorgado al Estado con el fin de solventar el déficit constante en la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia constituyó en el año siguiente un pasivo fiscal que inclinó la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia hacia el déficit recurrente a perpetuidad.

El nuevo déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia conformado por la inconmensurable importación de mercancías e inversión de capitales foráneos y el endeudamiento externo surgido en razón de los empréstitos concedidos al Estado por las instituciones prestamistas del

capital financiero global, engendró el fenómeno denominado “déficits gemelos”, el cual se asistió con la contratación de créditos adicionales a los suscritos con anterioridad, ergo, la República de Colombia quedó atrapada en el infierno del deudor que paga para endeudarse y se endeuda para pagar, en consonancia con el mandato constitucional que impone el deber al Estado de atender el déficit fiscal con endeudamiento y no con emisión de moneda.

Según Suárez (2012), entre los años 2000-2009 Colombia recibió por concepto de préstamos contratados con la banca internacional la suma de 266,82 billones en pesos corrientes. Durante el periodo comprendido entre los años 2000-2009 Colombia pagó por concepto del servicio de la deuda externa tanto en amortizaciones de capital como en intereses un total de 263,54 billones de pesos, resultando una diferencia de 3,28 billones de pesos entre los empréstitos suscritos y el servicio de la deuda externa colombiana. Empero, el monto de la deuda se triplicó, a pesar de su pago puntual y honrado.

El crédito internacional se ha convertido en un instrumento de exacción del ahorro público aportado y laborado por los trabajadores y campesinos de Colombia en su condición de contribuyentes; empleado por las instituciones prestamistas del capital financiero mundial que, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) “viven del “corte del cupón”, completamente alejados de la participación en toda empresa, (...) cuya profesión es la ociosidad y que vive de la explotación del trabajo de varios países y colonias ultraoceánicas” (Lenin, 1968, pp. 127-128).

Con anterioridad se indicó que el cataclismo económico causado en virtud de la aplicación del modelo neoliberal de



desarrollo productivo expresado en el déficit constante en la cuenta corriente de la balanza de pagos de Colombia se alivió con la contratación de empréstitos otorgados por las instituciones prestamistas del capital financiero global, como el Fondo Monetario Internacional (FMI).

No obstante, el giro del crédito internacional se condicionó al cumplimiento por parte del Estado colombiano de una serie de políticas de austeridad fiscal de connotada regresividad y contrarias a distintas disposiciones constitucionales relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los colombianos reconocidos por la Constitución Política de 1991.

En el escenario descrito Constitución vs. Constitución, el Estado colombiano claudicó ante las pretensiones del Fondo Monetario Internacional (FMI) de priorizar el pago de los empréstitos otorgados y adecuó su estructura institucional en desmedro del interés nacional y de la materialización de los derechos más básicos del pueblo colombiano.

Aunado a los comentarios precedentes, el déficit fiscal generado en virtud del detrimento patrimonial ocasionado al erario público como consecuencia de la enajenación de activos estratégicos del Estado a través de la oleada de privatizaciones de empresas estatales y concesiones en infraestructura, el cual se cubrió con el gravamen del consumo de los colombianos mediante el aumento del Impuesto del Valor Agregado (IVA), indican una contundente victoria del bloque neoliberal de la Constitución Política de 1991 e indican una lamentable, dolorosa derrota del bloque democrático-social de la Carta, ambas reflejadas en el acatamiento de las orientaciones económicas y de austeridad fiscal dictadas por el Fondo

Monetario Internacional (FMI) y en el pago puntual de las amortizaciones de capital e intereses de la deuda externa, partiendo del desconocimiento y la negación de los derechos constitucionales fundamentales reconocidos en la misma Constitución en favor de los sectores más vulnerables de la sociedad colombiana.

El fracaso rotundo del neoliberalismo durante los 25 años de vigencia de la Constitución Política de 1991, manifestado en la destrucción de las estructuras productivas industriales y agrícolas, en la ruina de los productores nacionales, en los altos índices de pobreza, desempleo e informalidad laboral que atormentan a los trabajadores, campesinos de Colombia y a sus familias, junto con el endeudamiento externo infinito que compromete las finanzas públicas a largo plazo, además de la producción y el trabajo de las futuras generaciones de colombianos, concede la razón a quienes consideramos que urge la transformación radical y revolucionaria del andamiaje económico y político de la Nación.

La reivindicación de la soberanía económica y fiscal de la República de Colombia debe traducirse en el rechazo de cualquier tipo de injerencia de los organismos prestamistas del capital financiero mundial, la renegociación, el repudio de la deuda externa soportada en la especulación, en la protección de la producción y el trabajo industrial y agrario nacional, mediante el establecimiento de solidas barreras arancelarias, el desembolso de subsidios a la exportación de las mercancías nacionales, descatando los sofismas del libre comercio y la inversión de capitales, acompañada de una legislación orientada hacia la protección de los trabajadores, quienes a través del despliegue de su capacidad laboral generan la riqueza nacional. Un modelo económico orientado hacia el fomento

de la producción, la creación, protección del trabajo nacional y la redistribución equitativa de los ingresos.

Desde la resistencia civil y la movilización democrática de la ciudadanía, lograremos la conquista de una Colombia digna, libre y soberana, emulando las palabras del maestro Carlos Gaviria Díaz, quien señaló que la soberanía es a las naciones lo que la dignidad al ser humano.

“La transformación y salvación de Colombia no será obra de un solo grupo o partido o de una sola clase, sino del esfuerzo conjunto de todos a quienes nos indigne la situación actual del país” Francisco Mosquera Sánchez.

¡Otra Colombia es posible!

## **BIBLIOGRAFÍA**

Marx, K. (1973). El capital. Crítica de la Economía Política. Libro primero. El desarrollo de la producción capitalista. Buenos Aires: Editorial Cartago.

\_\_\_\_\_. (1973). El capital. Crítica de la Economía Política. Libro tercero. El proceso de producción capitalista en su conjunto. Buenos Aires: Editorial Cartago.

Lenin, V. I. (1968). El imperialismo, fase superior del capitalismo. Pekín: Ediciones en lenguas extranjeras.

Hilferding, R. (1985). El capital financiero. Madrid: Editorial Tecnos.

Suárez Montoya, A. (2002). Modelo del FMI Economía colombiana 1990- 2000. Bogotá D. C.: Ediciones Aurora.

\_\_\_\_\_. (2012). Confianza inversionista. Economía colombiana, primera década del siglo XXI. Bogotá D. C.: Ediciones Aurora.

## **Constitución**

Constitución Política de Colombia. Art. 226. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia. Art. 227. Julio 7 de 1991 (Colombia).

## **Jurisprudencia nacional**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 564/92 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; octubre 22 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 178/95 (MP. Fabio Morón Díaz; Abril 25 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 492/98 (MP. Fabio Morón Díaz; septiembre 15 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 864/06 (MP. Rodrigo Escobar Gil; octubre 19 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 309/07 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; mayo 3 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C 750/08 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; julio 24 de 2008).

## **Recursos electrónicos**

Banco de la República. Deuda externa de Colombia. Abril de 2016. Disponible en [http://www.banrep.gov.co/economia/pli/bdeudax\\_t.pdf](http://www.banrep.gov.co/economia/pli/bdeudax_t.pdf)



# UNA MIRADA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LAS LEYES ESTATUTARIAS

*Hernando Peña Salguero*

---

\* El presente capítulo es producto de la investigación desarrollada para optar el título de magíster, titulada “Derechos Humanos y su Protección a través de las Leyes Estatutarias entre los años 1994 y 2012”.



## INTRODUCCIÓN

A partir de la hermenéutica de los derechos fundamentales y su reglamentación, se explica el alcance, características y elementos materiales de leyes Estatutarias que propenden por la protección eficaz de *Derechos Humanos*. La labor del legislador ha contribuido a la efectiva materialización de los derechos y al cumplimiento de los deberes propios del Estado en esta materia, hechos frente a los cuales la jurisdicción constitucional –como guardiana de la Constitución– ha efectuado el control previo que garantiza la correspondencia de leyes estatutarias con los mandatos superiores.

A continuación se realiza un estudio de las generalidades de cada una de las materias que regula el artículo 152 constitucional, basado en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y la doctrina constitucional, relacionándolas con los *Derechos Humanos* y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Seguidamente se aborda el control previo de constitucionalidad, en cuanto a Leyes Estatutarias se refiere, teniendo en cuenta los aspectos fundamentales que determinan su existencia: en primer lugar, el criterio material bajo la forma de la reserva legal; en segundo lugar, un criterio formal que alude a un determinado tipo de exigencias descritas en el



artículo 153 del texto constitucional. Para desarrollar el tema objeto de estudio se consideró la teoría de Hans Kelsen, quien argumenta que la anulación del acto inconstitucional es la principal o más eficaz garantía de la Constitución, función que debe ser desempeñada por el Tribunal o la Corte. Además se menciona que la Corte Constitucional ha calificado el *control de constitucionalidad*, en materia de Leyes Estatutarias, describiéndolo como un control jurisdiccional, previo, integral, definitivo y participativo.

Finalmente se concluye que las Leyes Estatutarias que son las más importantes después del texto constitucional, ya que regulan unas materias específicas que están relacionadas con los derechos de las personas. En ese orden, decimos que las Leyes Estatutarias son creadas para la protección de los Derechos Humanos y están relacionadas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como son los diversos Tratados, Pactos, Convenios y Declaraciones Internacionales. En consecuencia, los proyectos de Ley Estatutaria requieren de un trámite más estricto en relación con el de las Leyes Ordinarias para su aprobación, modificación o derogación.

Las Leyes Estatutarias responden a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano, referentes a los *Derechos Fundamentales, Políticos, Civiles y Sociales*, en razón a las materias que por medio de estas se regulan. Así, la Corte Constitucional se convierte en una corporación que procura por la protección, respeto y supremacía de los Derechos Humanos, al realizar una revisión previa sobre las Leyes Estatutarias.

## **MATERIALIZACIÓN LEGISLATIVA DE LOS *DERECHOS FUNDAMENTALES***

El constituyente de 1991, al crear el texto constitucional en el Título VII que hace referencia a la Rama Legislativa, y en el Capítulo III, que habla sobre las Leyes, las ubica por su importancia, siendo las Leyes Estatutarias las más importantes por las materias que regulan. Se encuentran descritas en los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, dentro del ordenamiento jurídico interno y pertenecen a una categoría superior con relación a las demás Leyes al regular *Derechos Fundamentales*. Por tal motivo, son un eje importante para el funcionamiento de la democracia, el buen entendimiento entre Asociados y Estado, y la convivencia pacífica de los ciudadanos.

## **PARTICULARIDADES INHERENTES A LAS LEYES *ESTATUTARIAS***

Fue el propio constituyente del 1991 quien señaló el contenido de *leyes estatutarias*, es por ello que el artículo 152 superior establece que las mencionadas leyes obedecen a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección. La Corte Constitucional adoptó criterios restrictivos de interpretación de dicha obligación, con ocasión del análisis del literal a del artículo en comento. Inicia afirmando que se tramitan por leyes estatutarias cuando la ley en cuestión afecte el núcleo esencial de dichos derechos y deberes superiores; en segundo término, dice que podrán tramitarse como *estatutarias* cuando la regulación se efectúe de manera completa; en tercer lugar, son susceptible de trámite estatutario las iniciativas cuyo objeto directo sea

desarrollar el régimen de los *Derechos Fundamentales* o de alguno de ellos en particular, lo que conlleva a establecer que si el objeto de la ley es regular materias relacionadas con un *Derecho Fundamental*, pero no el derecho fundamental en sí mismo, el trámite de ley estatutaria no es requerido. Finaliza la corte indicando que el trámite estatutario procede de manera integral como mecanismo de protección de derechos fundamentales (Corte Constitucional, C-182 de 2010).

Por tanto es el mismo texto constitucional el que presenta las características de las Leyes Estatutarias, afirmando que para su aprobación, modificación o derogación se requiere: la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, el trámite se debe realizar en una sola legislatura y requiere la revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

## **MATERIAS QUE REGULAN Y TRÁMITE ANTE EL CONGRESO**

Las Leyes Estatutarias tienen dos componentes: uno material que corresponde a las materias que regulan, las cuales son taxativas y se encuentran descritas en el artículo 152 constitucional; y otro procedimental que consiste en el trámite que debe seguir el Congreso para su aprobación, modificación o derogación. De ahí que:

“La Constitución colombiana regula este tipo normativo en los artículos 152 y 153. Para definir la Ley Estatutaria aporta dos criterios, uno material y otro formal o procedimental. El criterio material consiste, como en el caso de la Ley Orgánica, en circunscribir este tipo especial de Ley a unas materias; en el artículo 152 se establecen 5 supuestos: derechos y deberes fundamentales de las personas y los

procedimientos y recursos para su protección; administración de justicia; organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales; instituciones y mecanismos de participación ciudadana y estados de excepción.

Los criterios formales están previstos en el artículo 153 y consisten: a) en la exigencia de mayoría absoluta de los miembros del Congreso para aprobar, modificar o derogar éste tipo de normas; b) en la tramitación de esta ley se efectúe dentro de una sola legislatura; y c) en que el texto del proyecto de ley estatutaria debe ser sometido previamente a revisión por parte de la Corte Constitucional para que esta determine su constitucionalidad (Sierra, 1998, pp. 287,288).

En la octava edición de la Constitución Política de Colombia comentada por el doctor Hernán Alejandro Olano García, él manifiesta lo siguiente:

La caracterización de las leyes estatutarias comprende entonces, varios aspectos; desde un punto de vista material, el artículo 152 superior contempla un conjunto de materias que deben integrar el contenido de las respectivas leyes; mientras que, a partir de una perspectiva eminentemente formal se exige una mayoría calificada –absoluta– y el trámite dentro de una sola legislatura, a todo lo cual se agrega para ellas el control previo de constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación garantizan los derechos fundamentales. No fueron a una ley que debe trazar los principios y límites para la regulación de las referidas materias con carácter general por parte del Ejecutivo (Olano, 2011, p. 552).

A continuación se presentan, los tópicos que regula el artículo 152 Constitucional, relacionándolo con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los *Derechos Humanos*.

**Derechos y deberes Fundamentales.** Los *Derechos Fundamentales* están ligados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y constituyen la base de los *Derechos Humanos*, de ahí que,

Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que en su condición de decisión constitucional básica esta llamada a regir en todos los ámbitos del derecho y a ser acatada por todos los órganos del poder (Cifuentes, 1997, p. 65).

Las Leyes Estatutarias respecto de derechos fundamentales “están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los Derechos Fundamentales y de los mecanismos para su protección” (Sentencia C-251, 1998, p. 18). Por lo cual, no toda regulación en torno a un *Derecho Fundamental* supone un trámite vía Ley Estatutaria como bien lo ha señalado esta Corporación, para que opere dicha regulación se debe fundamentar el propósito constitucional de su protección y defensa lo que se denomina como reserva de ley. Así, hay que señalar que “cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata, la exigencia de que se realice mediante una ley estatutaria debe entenderse limitada a los contenidos más cercanos al núcleo esencial de ese derecho” (Sentencia C-408, 1994, p. 149).

¿Qué hay que entender por *núcleo esencial de un Derecho Fundamental*? “El núcleo esencial del Derecho Fundamental es el mínimo de la dignidad racional, sin cuyo reconocimiento el hombre no puede vivir o desarrollarse como ser humano” (Sentencia T-336, 1995, p. 1). Es decir que el Juez Constitucional deberá entrar a examinar con detalle cuando se puede llegar a vulnerar la esencialidad de un *Derecho*

*Fundamental*; es decir, cuando la afectación al núcleo del mismo sea de tal envergadura que, por así decirlo, llegue a desnaturalizarlo. Razón por la cual la acción de tutela se erige como un mecanismo constitucional que, principalmente, vela por la protección de un *Derecho Fundamental*, pero más allá de la simple protección se encarga de salvaguardar su núcleo esencial así lo ha expresado la Corte Constitucional.

La acción de tutela se dirige pues al núcleo esencial de un derecho fundamental, y por ello su protección debe ser inmediata. Ya ha señalado esta Corporación cómo extremar un derecho es equivalente a negarlo, por cuanto la extralimitación no puede ser protegida. De ahí la importancia de saber cuándo se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental. Lo anterior no quiere decir que si se afecta un derecho fundamental, pero no en su núcleo esencial, no tenga la protección del Estado. Desde luego la tiene, y sería absurdo pensar lo contrario, pero no mediante la acción de tutela (Sentencia T-336, 1995, p. 1).

**En cuanto a la Protección de Derechos Fundamentales.** Dentro del ordenamiento constitucional colombiano se erige la *Acción de tutela*, como mecanismo de protección de los *Derechos Fundamentales* que se caracteriza por su celeridad y aplicación inmediata. En consecuencia, nos debemos preguntar ¿cuáles son los derechos que se consideran *Fundamentales*? En desarrollo de la Constitución y bajo el decreto 2591 de 1991 se establecieron las disposiciones y procedimientos en torno a la *Acción de tutela*, su artículo cuarto sostiene: “Interpretación de los derechos tutelados: Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Decreto 2591, 1991).

Es decir, la interpretación en cuanto a establecer qué derechos se enmarcan fundamentales o no en aras de la protección vía Acción de Tutela se entenderá por una parte en la interpretación del Juez Constitucional, que no solo deberá cobijar como fundamentales los derechos que se encuentran en el capítulo I del título II, denominado “De los derechos fundamentales”, sino como bien lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, son fundamentales no solo los que se encuentran dentro de este título, sino además aquellos inherentes a la persona humana, independiente del criterio que categorice tales derechos, es por ello que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional los derechos fundamentales por conexidad.

Por otra parte, se observa que de conformidad con los Tratados Internacionales y en debida relación con el artículo 93 superior, Colombia ha ratificado diversos Tratados Internacionales que versan sobre el reconocimiento, protección y garantía de un amplio listado de Derechos Humanos los cuales convergen con los Derechos Fundamentales consagrados en nuestra Carta Política, un claro ejemplo de ello es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en la cual en su capítulo II sobre derechos civiles y políticos se enumeran una amplia gama de Derechos humanos que en nuestro ordenamiento constitucional guardan amplia relación con los derechos fundamentales (Organización de los Estados Americanos, 1969, pp. 2-10).

**Administración de justicia.** La administración de justicia se establece como uno de los mayores pilares dentro del Estado Social de Derecho; es la forma como los asociados pueden hacer efectivo el goce de sus derechos; también, es la manera como la administración garantiza y protege los mismos. Igualmente, la administración de justicia no solo traduce una

serie actuaciones del operador judicial, bien lo ha señalado la Corte Constitucional “se trata del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordancia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico, y social justo” (Sentencia C-037, 1996, pp. 10-11).

Por tanto, la administración de justicia se configura como el instrumento más eficaz en aras de fundamentar la convivencia armónica de los asociados. De este modo, hay que señalar que mediante la función estatal de establecer un orden legal y social justo, el derecho al *acceso de la administración de justicia* se establece como un derecho fundamental, en especial concordancia con otro tipo de *Derechos Fundamentales*, entre ellos el derecho a la igualdad, no solamente formal sino material. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

El derecho de acceder a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, puesto que su esencia reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión (Sentencia C-037, 1996, p. 12).

Dado el análisis realizado por la Corte Constitucional Colombiana se deriva que: como todo *Derecho Fundamental* es susceptible de protección jurídica, a través de mecanismos como la acción de tutela, según versa el artículo 86 superior, en Colombia,



“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la Ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional” (Ley 270, 1996, p. 1).

Cabe anotar que la Administración de Justicia se encamina en garantizar los postulados principales de la Carta Política, no solo es contar con un gran aparato judicial o garantizar criterios de eficiencia y eficacia que son necesarios, sino que la labor del *acceso a la justicia* debe comprometer el trabajo de diversas instituciones estatales, en aras de fortalecer el goce de los derechos inherentes a todo sujeto de derecho. Es por ello, que en un escenario tan complejo como el conflicto armado colombiano se exija cada vez más por parte de los actores una eficaz colaboración por garantizar la verdad en los delitos de lesa humanidad, desapariciones forzadas y en sí todo acto atentatorio de los *Derechos Humanos*. Por otra parte se exige como elemento de la responsabilidad que acarrea al conglomerado social el no olvido, mantener la memoria presente y la actuación y vocación de diversos grupos sociales en la reconstrucción del tejido social.

Adicionalmente, forma parte de las obligaciones del Estado Colombiano, la búsqueda de la verdad como consecuencia del acceso a la justicia; un ejemplo de ello se evidencia en la sentencia T-275 de 1994 que, en términos generales, menciona: en el derecho internacional, como en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad,

como también a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos.

Por otra parte, la sentencia T-275 de 1994, en referencia a los derechos de las víctimas menciona:

“La participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad. Contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante” (Sentencia T-275, 1994, p. 11).

La sentencia establece el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. A su vez, aclara sobre el derecho a la reparación del daño que se le ha causado, a través de una compensación económica que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, esta solo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia y deje de lado la obtención de una indemnización, ya que las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal (Sentencia T-275, 1994, p. 14).

El acceso a la Administración de Justicia se enmarca desde el ámbito del Derecho Internacional como un Derecho Humano, en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus disposiciones sostiene:

Preámbulo:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz

en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...

Artículo 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Por tal motivo se observa dentro de nuestro ordenamiento interno, disposiciones constitucionales creadas con la finalidad de proteger una adecuada administración de justicia, como por ejemplo el *derecho al debido proceso* o el *derecho a la igualdad material*.

Estatuto de la oposición. La Carta Política establece en su artículo 112:

“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación” (Gómez F.; Constitución Política de Colombia, 2012, p. 112).

Acertadamente la Corte Constitucional al respecto ha dicho:

Sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel” (Sentencia C-1040, 2005, p. 273).

El *derecho a la oposición* es el derecho a pensar diferente, criticar, fiscalizar, difundir sus ideas libremente; es el ejercicio de libertades como son el *derecho de asociación*, reunión de comunicar los pensamientos y las ideas políticas. La democracia se materializa por la deliberación no por la imposición. Por ello, cabe aclarar que el estatuto de la oposición se establece como la forma en la cual los asociados podrán ejercer una debida participación política en las distintas instancias institucionales para efectos del control político, en concordancia con la Carta Política se fundamenta con el artículo 1° superior e igualmente, debido por lo dispuesto en el artículo 93 superior, la protección de la participación política y de la oposición en un Estado Social de Derecho cobra vital importancia en el reconocimiento que se estipulan en los convenios

y tratados internacionales. Así pues se confirma lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), Pacto de derechos Civiles y Políticos.

En todo Estado Social de Derecho, el Estatuto de Oposición corresponde no solamente a una garantía al ejercicio del Poder Público y la deliberación política por parte de la oposición, sino que también se establece como una garantía en el equilibrio de los poderes. Además, pone freno a la acción de las mayorías. Por tal motivo, en todo régimen que se considere democrático no basta el reconocimiento de las minorías políticas, sino que se debe brindar una serie de garantías materiales que velen por este propósito.

Por otra parte las dinámicas reeleccionistas en el continente latinoamericano han puesto en boga de la opinión publica la relevancia de brindar las garantías a los grupos o movimientos políticos disidentes de las coaliciones o mayorías políticas que detentan el poder. De este modo, podemos enmarcar el tratamiento que las democracias occidentales han atribuido a las minorías políticas en diferentes circunstancias. En un primer momento, en estas democracias se reconocía y toleraba públicamente la existencia de oposición política en el poder estatal, posteriormente y como lo explica Dalh:

Han evolucionado hacia la etapa de la legitimación, en la cual se reconoce de *facto* la existencia de la oposición y se conceden ciertos espacios a sus acciones, aunque de manera tácita y sin regulación alguna.

Por último, con la madurez democrática institucional, llegan a la fase de institucionalización, en la cual se reconoce de manera legal la existencia de la oposición y bajo esta premisa se le concede espacios de acción e interlocución institucional tanto con la sociedad civil como con quienes se ubican en el oficialismo (Dahl, 1966, p. 12).

En este sentido, podemos anotar que el Estatuto de la Oposición en un Estado Social de Derecho cobija una diversa gama de Derechos Humanos que por conexidad se encuentran a manera de ejemplo en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en relación con los Tratados y Convenios Internacionales:

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

**Mecanismos de participación ciudadana.** Antes de la creación de la Constitución Política de 1991, la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos se limitaba a elegir y ser elegidos, es decir, a ejercer la democracia representativa con sufragio universal (Vila, 2009, p. 441). El Constituyente de 1991 incluyó a través del artículo 103 como mecanismos de participación ciudadana: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Olano, 2011, p. 433). Estos medios se constituyen como formas de participación democrática y pueden denotar y materializar la democracia directa. Igualmente, los mecanismos de

participación política y ciudadana configuran la participación del conglomerado social en los controles tanto políticos como sociales que deben darse en todo Estado Social de Derecho y se erigen como una manera de redistribución del poder que ya no solo se configura en cabeza del Estado, sino que los asociados inmersos dentro de la democracia participativa pueden ejercer el poder, en aras del fortalecimiento de las Instituciones de la Nación.

En la Sentencia T-596 de 2002, la Corte Constitucional ha recalcado la importancia del derecho de petición, como mecanismo de participación ciudadana en el funcionamiento de las entidades públicas, en los siguientes términos:

En materia del ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales por su parte han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa (Sentencia T-596; 2002, p. 8).

Por lo tanto, dentro del ordenamiento interno se instituyen una serie de mecanismos de protección encaminados a garantizar el acceso a la participación ciudadana, como se ha argumentado. Las materias que regula el artículo 152 superior, sin duda alguna, se enmarcan como *Derechos Humanos* y el acceso a los mecanismos de participación ciudadana no es la excepción. Nuevamente, a manera de ejemplo, podemos

encontrar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una clara expresión de lo mencionado:

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Los *Derechos Fundamentales*, entre ellos los *derechos de participación ciudadana*, no solo se garantizan con los mecanismos jurídicos internos de protección, sino además por vía del Derecho Internacional, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vez agotado el ordenamiento interno.

**Estados de Excepción.** Los estados de excepción se encuentran reglamentados en la Constitución Política de Colombia, ordenamiento en el Título VII de la Rama Ejecutiva, Capítulo VI de los Estados de Excepción, artículos: 212, guerra exterior; 21, conmoción interior; y el 215, emergencia económica, social y ecológica. Como su nombre lo indica, estas son figuras que contempla la Carta Política, para afrontar situaciones que atenten contra la soberanía nacional, la seguridad del Estado, la integridad de las instituciones y las situaciones



de calamidad económica, social y ecológica (Ortegón, 2012, p. 25).

En los Estados de Excepción no se puede limitar ni suspender los Derechos Humanos ni las libertades, la Corte Constitucional en materia de Estados Excepción ha señalado:

“La regulación constitucional de los estados de excepción –estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia– responde a la decisión del Constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la constitución aún en situaciones de anormalidad. La necesidad no se convierte en fuente de derecho y en vano puede apelarse, en nuestro ordenamiento, al aforismo *salus reipublicae suprema lex esto*, cuando ante circunstancias extraordinarias sea necesario adoptar normas y medidas que permitan enfrentarlas. Los Estados de Excepción constituyen la respuesta jurídica para este tipo de situaciones. La particular estructura, naturaleza y limitaciones de la respuesta que ofrece el ordenamiento constitucional, obedece a que ella es precisamente una respuesta jurídica” (Sentencia C-004, 1992, p. 16).

En relación con los Tratados y Convenios Internacionales, la Ley Estatutaria regulará las facultades del gobierno durante estos estados –estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia (económico, social y ecológico)– y velará por la garantía y los controles judiciales, en cuanto a la defensa y protección de los Derechos Humanos, en cumplimiento a las obligaciones adquiridas con los Convenios y Tratados Internacionales.

Se considera un gran avance en cuanto a protección de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, pues la anterior Carta Política suspendía y limitaba en estos estados de excepción las garantías y derechos individuales de los

asociados (Ortegón, 2012, p. 105). Ahora bien, con la puesta en marcha del Texto Constitucional vigente esto cambió, dado que no se podrán restringir los *Derechos Fundamentales* ni los *Derechos Humanos*, tanto en relación con los tratados y pactos internacionales, como también en relación al *Ius Cogens*, por lo cual los derechos restringidos en esta nueva Carta son pocos y se encuentran taxativamente enunciados. Algunos de ellos son: decretar la expropiación sin indemnización, ocupar temporalmente la propiedad inmueble para atender a las necesidades de guerra, entre otros.

La ley Estatutaria 137 de 1994 por la cual se regulan los estados de excepción indica en el artículo primero segundo inciso que. Los Estados de Excepción sólo se regirán por las disposiciones constitucionales, los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional, y las leyes estatutarias correspondientes. Agrega el artículo de la misma norma que los Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al *habeas corpus* y el derecho de

los colombianos por nacimiento a no ser extraditados (Ley Estatutaria 137, 1994).

Lo anterior denota que en materia de Leyes Estatutarias, sin duda alguna, estas son una disposición constitucional encaminada a velar por la protección de manera rigurosa de los Derechos Humanos en tiempo de estados de excepción.

### **CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD**

El doctor Luis Ociel Castaño Zuluaga dice sobre el control previo o preventivo constitucional que,

Atiende al “momento” en que se ejerce el control. En este caso particular cuando la ley aún no existe; ocurre “antes” del perfeccionamiento del acto, antes de su promulgación, como cuando se presentan las objeciones presidenciales a los proyectos de ley aprobados por el proyecto, por razones de presunta inconstitucionalidad (artículo 167-4 y 241, función 8ª); este poder ejecutivo de veto a la legislación es una tradición que en Colombia constituye uno de los tantos poderes excesivos que reúne el Presidente de la República cuando se tramita un Proyecto de Ley Estatutaria (artículo 156-2 C.P.); sobre los actos de convocatoria a referendo o a Asamblea constituyente (241-2); frente a los tratados internacionales y las respectivas leyes que los aprueben y, en general corresponde a las funciones 2ª, 8ª, y 10ª que el artículo 241 del Estatuto Superior le confiere a la Corte Constitucional. (Castaño, 2010, pp. 342-343).

Para profundizar en el estudio del control previo de constitucionalidad, en cuanto a Leyes Estatutarias se refiere, tendremos en cuenta dos aspectos fundamentales que determinan su existencia, en primer lugar, un criterio material bajo la forma de la reserva legal, es decir, que el constituyente designó para la regulación de este tipo de Ley unas determi-

nadas materias taxativamente señaladas en el artículo 152 superior. En segundo lugar, un criterio formal que alude a un determinado tipo de exigencias descritas en el artículo 153 del texto constitucional para que nazca a la vida jurídica esta especial acepción de ley, entre tales exigencias se encuentran: a) la mayoría absoluta de los miembros del Congreso en relación a la aprobación, modificación o derogación; b) un trámite para su discusión y aprobación distinto al ordinario el cual deberá realizarse en una sola legislatura; c) que el articulado de este tipo de ley deba ser sometido a un control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana (Olano, 2011, p. 550-553).

La figura del control de constitucionalidad se encuentra dentro de la doctrina judicial, bajo el referente del jurista Hans Kelsen. El autor en su álgido debate sobre el quién debe ser el garante de la Constitución, sentó las bases de lo que en principio debería ser un *control de constitucionalidad*. En la génesis de toda democracia, es necesario que existan controles y límites a la acción del poder público; es por ello que Kelsen sostenía “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico” (Villar, 1991, p. 74). En ese orden de ideas:

Los juicios que en el ejercicio de control constitucional, emite la Corte Constitucional son integrales, en consecuencia, al momento de confrontar la norma revisada con la Constitución, se analizan todos y cada uno de los artículos del proyecto de ley estatutaria y cada uno de los artículos constitucionales, en este sentido, los artículos que se estimen constitucionales serán conformes al conjunto de normas de la Constitución. Aquellos que se estimen inconstitucionales serán apartados del sistema jurídico. En consecuencia, una vez votado el

proyecto y convertido en ley de la República, es susceptible de aceptación constitucional (Bernal, 2003, pp. 89-90).

Kelsen considera que la anulación del acto inconstitucional es la principal o más eficaz garantía de la Constitución. Para él no existe una solución mejor que la de entregar esta función a un tribunal o corte y fue precisamente bajo esta idea que estableció esta institución en la Constitución de Austria, sentando un precedente que luego habría de ser seguido por los países europeos que poseen jurisdicción constitucional (Villar, 2000, p. 23).

Se observa de esta manera como dentro del debate Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el garante o guarda de la constitución. Por una parte, el jurista alemán sostiene que el control de la Constitución debe ejercerlo el jefe mayor del Estado, es decir en cabeza netamente de la máxima figura del ejecutivo. Por otra parte, afirma que este control debe ejercerlo, sin lugar a duda, un tribunal constitucional. El fundamento principal del postulado de Kelsen radica en que efectivamente en todo Estado de Derecho es necesaria la creación de un tribunal constitucional, independiente de los órganos del poder público, tanto parlamento como gobierno. De esta forma, sostiene que

“es a un órgano diferente del parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de su actos inconstitucionales, es decir, a una Jurisdicción o Tribunal Constitucional” (Kelsen, 1995, pp. 218-219).

Es por esta razón que se trae a colación al primer referente de control de constitucionalidad, por parte de un Tribunal en relación con la Carta Austriaca de 1920, así:

En los artículos 137-148, estableció esta centralización, reservando el control constitucional de las leyes a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof). Al mismo tiempo, la Constitución confirió a este tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. No siempre era necesario anular la ley completa, si la previsión inconstitucional podía ser separada del resto del articulado de la ley; en esta hipótesis, el Tribunal podía anular sólo esta previsión (Kelsen, 1942, pp. 218-219).

Posteriormente, con la irrupción del nazismo y del fascismo en Europa, el Tribunal Constitucional es disuelto y evidentemente se le otorga prioridad a los dictámenes o mandatos provenientes del ejecutivo. Entonces, la Constitución Austriaca tendría varias reformas que atentaron contra la teleología del Tribunal Constitucional, una de estas sería en el año 1929 y posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1934, se ratificaría la tesis sobre la ideología nazifascista, la cual había permeado el ordenamiento constitucional Austriaco, tanto así, que la anexión de Austria por el nazismo no tuvo mayor resistencia.

Esto explica por qué ninguna dictadura en el mundo ha podido coexistir con la plena vigencia de un Tribunal Constitucional. Como ya lo anotábamos, de éste carecieron los países bajo el despotismo burocrático estalinista o sea la propia unión Soviética y sus satélites del centro y del oriente Europeo, lo mismo que los países latinoamericanos, africanos y asiáticos, bajo diversas dictaduras. Y nos reafirme en la convicción de que este Tribunal es una pieza clave en el Estado de Derecho, más aun si se trata de un Estado de Derecho Democrático (Villar, 2009, pp. 56).

**Control Previo de Constitucionalidad de las Leyes Estatutarias.** En Colombia, desde 1910 existe un *control*

*de constitucionalidad* por vía de acción que ejercen los ciudadanos, a través de la figura de la *Acción Pública de Inconstitucionalidad* y con la *Excepción de Inconstitucionalidad*.

La *Acción Pública de Inconstitucionalidad* hace referencia a la oportunidad que tiene todo ciudadano de salvaguardar la integridad de la Carta Política frente a una ley que pueda violentar las disposiciones superiores. Por otra parte, la excepción de inconstitucionalidad hace referencia a la posibilidad que tienen las autoridades administrativas y judicial de no aplicar determinada ley, dado el caso de que esta contrarié los postulados constitucionales; lo que se pretende con estas formas de control de constitucionalidad es guardar la supremacía de la Constitución Política. Ahora bien, cabe aclarar que antes de la expedición de la Carta Política de 1991, esta labor de la custodia de la Constitución estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (Moreno, 2010, p. 77).

La ciencia del derecho utiliza la expresión “Guardián de la Constitución” para caracterizar la jurisdicción constitucional, es decir, un tipo de organización judicial encargada de asegurar su primacía, ante el poder del Estado y de la sociedad, mediante instrumentos jurídicos (Villar, 1991, p. 65).

Evidentemente, con el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional creada a raíz del proceso constituyente de 1991, es común encontrar resistencia y desconfianza en algunos sectores de la rama judicial. “Se dice que vigilar la expedición de las leyes y anularlas cuando vayan en contra de la Constitución, es desconocer el carácter que tiene el parlamento como representante de la soberana voluntad del pueblo” (Naranjo, 2012, p. 404), pero en relación a ello, hay una respuesta sencilla y concreta frente al particular sostenía:

El parlamento solo actúa soberanamente cuando obra de conformidad con la Constitución y no cuando va encontrar de ella; y el cuerpo que decide sobre la oposición entre esta y la ley no lo hace en virtud de un poder propio, sino por mandato de la propia Constitución, para garantizar la superioridad de esta sobre la ley (Naranjo, 2012, p. 404).

La creación de una Corte Constitucional evidencia un cambio absoluto en el control de constitucionalidad de las leyes. Es así que se pasó de un control difuso que imponía la Carta Política de 1886 (Ortiz, 1998, p. 126), en la cual por una parte la ciudadanía a través de la acción pública de inconstitucionalidad podía hacer valer o invalidar por parte de la Corte Suprema de Justicia las leyes que contrarían el texto constitucional e igualmente, como característica de este control difuso, se establecía el conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, los decretos dictados por el gobierno que fueran acusados de inconstitucionalidad. Es decir, en este caso el control de constitucionalidad era ejercido por dos instancias jurisdiccionales.

Posteriormente, con la puesta en marcha del Tribunal Constitucional o Corte Constitucional Colombiana se dio un viraje en cuanto al control de constitucionalidad pasando de ser difuso a ser concentrado (Naranjo, 2012, p. 409). Como bien se ha señalado, el control concentrado nace en Austria, de hecho cuando se menciona el control concentrado, es sinónimo del control Austriaco dado que:

En contra posición al control difuso de los norteamericanos, se implantó en Austria en 1920 y se perfeccionó en 1929, por inspiración de Hans Kelsen el llamado control concentrado, que consiste en encargar de la guarda de la Constitución a un órgano específico llamado Tribunal o Corte Constitucional (Naranjo, 2012, p. 409).



Carlos Gaviria habla de la importancia de la creación de la Corte Constitucional de Colombia, dado que no solo implicó un cambio en cuanto al control de constitucionalidad de la leyes, sino que más allá de ello, generó una nueva dinámica en torno al derecho bajo el rotulo del nuevo derecho:

Secularmente se enseñó en nuestras facultades de derecho (Con escasas excepciones, desde luego) que el legislador crea derecho y el juez solo lo aplica [...] cuando la Constitución del 91 entro en vigencia y la Corte Constitucional en funciones, se hizo patente que en Colombia se había producido un hecho político y cultural (!) importante, a saber, la recepción de una hermenéutica nueva para nosotros pero añosa ya en medios académicos más avanzados. En ella (con diversos matices) se pone de presente que el juez también es creador de derecho y no puede menos que serlo (Gaviria, 2002, p. 13).

Según la Corte Constitucional una vez tramitado en el Congreso, el proyecto de Ley Estatutaria debe cumplir con los siguientes requisitos:

Haber sido publicado en la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. El art. 9 del Acto Legislativo 001 de 2003 dispuso que esta exigencia también se aplica a los debates sobre los informes de las comisiones de conciliación, los cuales deberán ser publicados por lo menos con un día de anticipación a la sesión donde fuere votado. (ii) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara y en la plenaria de cada cámara en segundo debate, mediante votación nominal y pública, por mayoría absoluta, previo cumplimiento de los requisitos de publicación de las ponencias. (iii) Haber respetado los términos fijados en el artículo 160 para los debates, a saber: entre el primero y el segundo debate en cada cámara debe mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una cámara y la iniciación de la discusión en la

otra deben transcurrir por lo menos quince días; (iv) Haberse dado aviso de que el proyecto será sometido a votación en sesión distinta a aquélla en la que se efectúa la respectiva votación y someter el proyecto a votación en la oportunidad anunciada (art. 8 del Acto Legislativo 001 de 2003); (v) Haber sido aprobado dentro de una sola legislatura, con la aclaración de que este plazo se refiere únicamente el trámite dentro el Congreso, y no se extiende al período que requiere la revisión previa que efectúa la Corte Constitucional; (vi) Haber respetado los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad; (vii) Cuando se trate de normas que tengan impacto directo diferenciado sobre comunidades étnicas, de conformidad con los criterios que ha establecido la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, haber sido sometido a consulta previa antes de iniciar su trámite en el Congreso. (Sentencia C- 274,2013, pp. 1-2).

Este tipo de Control de Constitucionalidad revierte unas características especiales. Así, es un control de constitucionalidad de oficio sobre los proyectos de Leyes Estatutarias; es decir sobre los que regulan las materias contenidas en el artículo 152 superior. Estos proyectos de ley deben ser revisados previamente por la Corte Constitucional para determinar su exequibilidad o inexequibilidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Adicionalmente, es válido mencionar que la Corte Constitucional ha calificado el control de constitucionalidad en materia de Leyes Estatutarias, describiéndolo como un control jurisdiccional, previo, integral, definitivo y participativo (Sentencia C-546, 2011, p. 7).

Frente a la característica de que es un control jurisdiccional, una vez aprobado el proyecto de Ley Estatutaria, es función exclusiva de la Corte Constitucional revisar la exequibilidad

del proyecto de Ley Estatutaria, frente a las disposiciones del texto Constitucional. En cuanto al control automático, hace referencia a que inmediatamente después de aprobado el proyecto de Ley Estatutaria por el Congreso de la República, deberá entregar copia del mismo a la Corte Constitucional para ejercer el respectivo control de exequibilidad. En otras palabras, no es necesario que medie una acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte entre a realizar dicho control (Sentencia C-787, 2011, pp. 6-7). En relación a la integralidad del control de las Leyes Estatutaria, podemos decir que dicho control, realizado por la Corte Constitucional debe incluir dentro de su estudio, tanto los vicios de procedimiento, como los vicios materiales que hayan concurrido durante la formación del proyecto de Ley.

La participación ciudadana como característica del control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, en torno a los proyectos de Ley Estatutaria, se fundamenta en lo establecido en el artículo 153, inciso 2º, y en el 242, numeral 1º de la Constitución Política. El control es definitivo, esto quiere decir que una vez aprobadas las Leyes por el Congreso de la República y posteriormente revisadas por la Corte Constitucional, este pronunciamiento tiene efectos de cosa juzgada constitucional (Sentencia C-787, 2011, p. 3).

El jurista Sierra Porto, sostiene en relación con las Leyes Estatutarias que:

“La revisión de constitucionalidad se limita a determinar que la ley no va contra el texto constitucional. La ley goza de una presunción de constitucionalidad, por lo que la posibilidad de suspender su vigencia debe ser considerada como excepcional” (Sierra, 1998, p. 299).

En conclusión referente al control previo de Constitucionalidad sobre las Leyes Estatutarias, la Corte Constitucional ha señalado

(i) es jurisdiccional al estarle vedado estudiar la conveniencia u oportunidad del proyecto de ley toda vez que sus fallos son en derecho; (ii) es automático al no requerir para su inicio la presentación de una demanda de inconstitucionalidad; (iii) es integral al tener que examinar el proyecto de ley en su contenido formal y material, además de confrontarlo con la totalidad de las disposiciones de la Carta; (iv) es definitivo en cuanto debe decidir concluyentemente sobre el proyecto de ley, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional; (v) es participativo en la medida en que cualquier ciudadano podrá intervenir en el asunto para defender o impugnar el proyecto de ley; y (vi) es previo al comprender la revisión anticipada sobre la constitucionalidad del proyecto (Sentencia C-274, 2013. p. 1).

## **CONCLUSIONES**

La Constitución de 1991 en su artículo 152 consagró las Leyes Estatutarias, las más importantes después del texto constitucional, ya que regulan unas materias específicas que son: instituciones y mecanismos de participación ciudadana, derechos fundamentales, procedimientos y recursos para su protección, administración de justicia, organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales, los estados de excepción. Estas son materias que están relacionadas con los derechos de las personas. En ese orden, decimos que las Leyes Estatutarias son creadas para la protección de los Derechos Humanos. Por la importancia en su formación, participan por lo general las tres ramas del Poder Público: el Ejecutivo que casi siempre

tiene la iniciativa, el Legislativo que construye el proyecto de Ley y el Judicial que hace el control previo al proyecto de Ley que si es exitoso regresa al Ejecutivo para su respectiva sanción; ese trámite obedece al principio de los pesos y los contra pesos.

Los proyectos de ley estatutaria para su aprobación, modificación o derogación, requieren de un trámite más estricto en relación con el de las Leyes Ordinarias, a saber: deben ser aprobadas, modificadas o derogadas en una sola legislatura que corresponde al tiempo en que el Congreso se reúne en sesiones ordinarias, comprendido entre el 20 de julio hasta el 20 de junio del año siguiente; y por mayoría absoluta es decir, la mitad más uno de los miembros del respectivo Cuerpo Colegiado, donde se somete a votación el Proyecto de Ley Estatutaria. También deben contar con la revisión previa por parte de la Corte Constitucional, quien decide acerca de la exequibilidad parcial o total del proyecto de Ley.

La revisión previa a que hace referencia el artículo 152 superior, en concordancia con el numeral 8 del artículo 241 de la Carta Política, determina el control constitucional que realiza la Corte, cuyas características son: control *automático*, ya que la competencia de la Corte surge una vez se da la aprobación del Proyecto de Ley en el Congreso de la República –en el caso que el Congreso no remita el proyecto para su revisión en el término correspondiente, la Corte Constitucional solicitará su remisión–; *jurisdiccional*, dado que el control es realizado por una Corporación de orden Judicial; *participativo*, dado que permite la intervención de los ciudadanos y los distintos organismos públicos y privados para defender o impugnar su constitucionalidad; *integral*, ya que el control del Proyecto de Ley recae tanto sobre aspectos

formales como de fondo; *definitivo*, debido a que una vez es declarado exequible, el Proyecto de Ley goza de una presunción de constitucionalidad, por lo que no procederá demanda de inconstitucionalidad contra el mismo; sin embargo existe una excepción ya que si el vicio que se aduce es posterior al examen de la Corte, será posible realizar el análisis correspondiente; y por último, *previo*, artículo 152 superior, al señalar la revisión previa de la Corte Constitucional la cual hace parte del trámite de las Leyes Estatutarias.

Las materias que se regulan por medio de las Leyes Estatutarias están relacionadas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como son los diversos Tratados, Pactos, Convenios y Declaraciones Internacionales, entre los que están la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador, la Convención de Belém do Pará. Todo lo anterior en concordancia con el artículo 93 de la Carta Política que trata sobre el bloque de constitucionalidad, según el cual los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en el congreso tienen prevalencia en el orden interno y sirven como parámetro de interpretación de la Constitución.

Es preciso señalar que en razón a las materias que por medio de las leyes estatutarias se regulan responde a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano, referentes a los *Derechos fundamentales*, políticos, civiles, sociales y la protección especial y rigurosa que sobre estos debe realizarse, lo que se efectúa en el caso Colombiano por medio del Control Constitucional de los Proyectos de Ley Estatutaria. En síntesis, la Corte Constitucional se

convierte en una corporación que procura la protección, respeto y supremacía de los *Derechos Humanos*, al realizar una revisión previa sobre las Leyes Estatutarias, las cuales tratan sobre materias que se encuentran directamente relacionadas con aquellos derechos.

## REFERENCIAS

Cifuentes, E. (1997). La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a los Particulares. *Serie de Lecturas sobre Temas Constitucionales*(13), 65.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. (O. d. Humanos, Editor) Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Presidencia de la República. (19 de Noviembre de 1991). *Corte Constitucional de Colombia*. Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de 12 de 1948). *Naciones Unidas*. (S. d.-D. Unidas, Ed.) Recuperado el 10 de marzo de 2014, de <https://www.un.org/es/documents/udhr/>

Ortegón, L. (2012). *Los Estados de Excepción y el Control Jurisdiccional en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Ciencia y Derecho.

Villar, L. (1991). El Control Jurisdiccional de la Constitución. En L. Villar, *Estudios de Derecho* (Vol. XLIX, p. 74). Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Benavides, J. E. (2006). *Nociones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Medellín, Colombia: Señal Editora.

Gómez, L. (2008). *Teorías de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Cantor, E. R., & Rodríguez, M. C. (2008). *Las Generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Libre.

Quinche, M. F. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

Durán, C. V. (2009). Historia y descripción general de los derechos económicos sociales y culturales. En *Derechos económicos sociales y culturales* (pp. 16, 19). Bogotá: Kimpres Ltda.

Naciones Unidas. (2009). *Las Naciones Unidas Hoy*. (D. d. Unidas, Ed.) Nueva York.

Huertas, O., Carvajal, S., Motta, D., Mora, J., Celis, E., Lozano, L., ... Castro; E. (2008). *Manual pedagógico y didáctico para la formación en Derechos Humanos* (Vol. I). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Gaviria, C. (2011). Paz y Derechos Humanos. (U. L. Derecho, Ed.) *Nuevo Época*(36), 63.

Gómez, F. (2012). *Constitución Política de Colombia* (Vigésima Quinta ed.). Bogotá D.C., Colombia: LEYER.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (14 de Junio de 1992). *Naciones Unidas*. Recuperado el 5 de febrero de 2014, de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>



Naciones Unidas. (2002). *Derechos Humanos Recopilación de Instrumentos Internacionales* (Sexta ed., Vol. I (Primera parte)). (N. Unidas, Ed.) New York y Ginebra.

Naciones Unidas. (1973). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Primera ed., Vol. I). (N. Unidas, Ed.) New York, Estados Unidos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (28 de Octubre de 1982). *Resoluciones de la Asamblea General*. Recuperado el 5 de febrero de 2014, de <https://www.un.org/spanish/documents/ga/res/37/list37.htm>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (Enero de 1997). *UNESCO*. (U. U. Información, Editor) Recuperado el 5 de marzo de 2014, de <http://www.unesco.org/cpp/sp/declaraciones/HRtoPeace.htm>

Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1992). Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. En *N. U. Humanos* (Ed.). (pp. 5-11). Nueva York: Naciones Unidas.

Congreso de Colombia. (7 de 8 de 1997). *Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República*. (UNESCO, Ed.) Recuperado el 09 de marzo de 2014, de <http://comision6senado.files.wordpress.com/2013/03/ley-397-de-1997.pdf>

Sentencia C-037 (5 de Febrero de 1996). Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Sentencia C-1040 (19 de Octubre de 2005).

Sentencia C-004 (7 de Mayo de 1992).

Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). *Organización de Estados Americanos*. (O. d.-D.-S. Jurídicos, Ed.) Recuperado el 14 de febrero de 2014, de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Congreso de Colombia. (7 de Marzo de 1996). *Organización de Estados Americanos*. Recuperado el 14 de febrero de 2014, de [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_col\\_ley\\_270\\_sp.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf)

Sentencia T-275 (15 de Junio de 1994). Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-275-94.htm>

Dahl, A. (1966). *Political Oppositions in Western Democracies*. United States: Yale University Press.

Camargo, P. P. (2012). *Manual de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Leyer Editores.

Sentencia T-596 (1 de Agosto de 2002).

Olano, H. (2011). *Constitución Política de Colombia* (Octava ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Gobernación de Arauca Corporación Fórmulas. (2003). *Derechos Humanos para Todos*. (G. d. Arauca, Ed.) Arauca, Colombia.

LV Legislatura del Estado de Querétaro Comisión Permanente. (31 de marzo de 2008). *Legislatura querétaro*. Recuperado el 5 de marzo de 2014, de <http://www.legislatura-queretaro.gob.mx/repositorios/16.pdf>

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (5 de febrero de 1917). <http://www.diputados.gob.mx>. (S. G. Unión,

Ed.) Recuperado el 14 de febrero de 2014, de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05\\_feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05_feb1917.pdf)

Universidad de Navarra. (1930). *Universidad de Navarra*. (E. Athenaeum, Ed.) Recuperado el 14 de febrero de 2014, de [http://www.unav.edu/buscador?p\\_p\\_id=3&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_3\\_struts\\_action=%2Fsearch%2Fsearch&\\_3\\_groupId=0](http://www.unav.edu/buscador?p_p_id=3&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_count=1&_3_struts_action=%2Fsearch%2Fsearch&_3_groupId=0)

Amnistía Internacional. (10 de Julio de 1918). *Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado*. (A. Internacional, Editor) Recuperado el 14 de febrero de 2014, de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-mes-urss-1918.html>

Kelsen, H. (1942). El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio Comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. (U. d. Compostela, Ed.) *DIALNET OAI Articles*.

Villar, L. (Enero de 2009). De como se destruye un tribunal constitucional. (U. E. Colombia, Ed.) *Derechos y Libertades*(20), 56.

Sentencia C-011 (21 de enero de 1994).

López, D. (2007). *El Derecho de los Jueces* (Segunda ed.). (U. d. Andes, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia: Legis Editores S.A.

Sentencia C-180 (14 de abril de 1994).

Sentencia C-371 (29 de marzo de 2000).

Sentencia C-253 (25 de abril de 2013).

Sentencia C-292 (8 de abril de 2003).

Sentencia C-307 (2004).

Sentencia C-473 (10 de mayo de 2005).

Sentencia C-179 (13 de abril de 1994).

Sentencia C-748 (6 de octubre de 2011).

Sentencia T-336 (31 de julio de 1995). Recuperado el 10 de 03 de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-336-95.htm>

Sentencia C-169 (14 de febrero de 2001).

Sierra, H. A. (1998). *Concepto y Tipos de la Ley en la Constitución Colombiana*. (D. d. Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia.

Sentencia C-251 de 1998 (26 de mayo de 1998).

Sentencia C-408 (15 de septiembre de 1994).

Sentencia C-713 (15 de julio de 2008).

Martínez, M. (enero de 2008). Los Derechos Humanos como base de la Educación. *Quaderns d' Animació i educació social*(7), 3.

Romero, J. (1985). *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917*. México D.F., México: Editorial GUPY S.A.

Villar, L. (2000). Influencia de Kelsen en el actual sistema colombiano de control jurisdiccional de la constitución. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista Derecho del Estado*(9), 23.

Kelsen, H. (1995). El Control de la Constitucionalidad de las Leyes. *Dereito, IV*(1), 218,219.

Gómez, F. (2010). *Constitución Política de Colombia* (Vigésima Octava ed.). Bogotá D.C., Colombia: Leyer.

Moreno, L. (Julio de 2010). El Sistema de Control de Constitucionalidad en Colombia. (U. S. Arboleda, Ed.) *Civilizar* (10), 77.

Ortiz, J. (1998). El Nuevo Sistema de Control Constitucional en Colombia de la Supresión de las Funciones de Control de Constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia a la

Creación de la Corte Constitucional. (U. N. México, Ed.) *La Justicia Mexicana Hacia el Siglo XXI*, 126.

Gaviria, C. (2002). *Sentencias. Herejías Constitucionales*. (F. d. Económica, Ed.) Bogotá D.C., Colombia.

Sentencia C-546 (6 de julio de 2011).

Sentencia C-787 (20 de octubre de 2011).

Naranjo, V. (2012). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (Undécima ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2010). Definición del alcance de la investigación a realizar: exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa. En R. Hernández, C. Fernández, & M. Baptista, *Metodología de la Investigación* (Quinta ed., p. 80). México D.F., México: Mc Graw Hill.

Bernal, N. (2003). *El Control Constitucional de la Ley*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.

Vila, I. (2009). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Legis.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *Derechos Humanos Recopilación de Instrumentos Internacionales* (Tercera ed., Vol. I -Primera Parte). (N. Unidas, Ed.) New York y Ginebra, Estados Unidos y Suiza.

Castaño, L. O. (2010). *Poder Judicial, Democracia y Control Constitucional*. Bogotá D.C., Colombia: Leyer Editorial.

Congreso de Colombia. (2 de 11 de 2006). Ley 1095. *Diario Oficial 46440*.

Sentencia C-502 (4 de julio de 2007).

# RECEPCIONES LOCALES DEL MULTICULTURALISMO EN ALGUNOS JURISTAS COLOMBIANOS

*Oscar Andrés López*

---

\* Este capítulo es producto del proyecto de investigación: “La política de reparación a los pueblos indígenas en Colombia 2004-2014. Diez años entre la indiferencia y el exotismo” vinculado al grupo: Estudios Interdisciplinarios del Derecho Social y del Mundo del Trabajo. Proyecto financiado por la Universidad Libre.



“El fin de una tradición no significa de manera necesaria que los conceptos tradicionales hayan perdido su poder sobre la mente de los hombres; por el contrario, a veces parece que ese poder de las nociones y categorías desgastadas se vuelve más tiránico a medida que la tradición pierde su fuerza vital y la memoria de su comienzo se desvanece; incluso puede desvelar su plena fuerza coercitiva tan sólo después de que haya llegado a su fin y los hombres ya ni siquiera se rebelen contra ella”. Hannah Arendt (1996).

## **INTRODUCCIÓN**

Luego de dos décadas y media de promulgada la Constitución de 1991, resultan evidentes las modificaciones que esta introdujo, en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. La inclusión del tan celebrado artículo 7° de la Constitución, según el cual “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación”, implicó una suscripción tácita al multiculturalismo, sobre el cual se ha escrito y discutido profusamente a lo largo de este mismo periodo, al punto que para algunos resulta incluso un debate clausurado (Carrillo y Patarroyo, 2009).

Sin embargo, en un ejercicio como el que nos hemos propuesto los autores reunidos para la escritura de este



volumen: una retrospectiva de lo ocurrido en diversos campos del constitucionalismo, 25 años después de la promulgación de la Carta del 91, es necesario volver sobre lo que podrían considerarse conceptos tradicionales, incluso aunque las tradicionales parezcan haber finalizado. Por el contrario, como afirma Hannah Arendt, parece que el *poder de las nociones y categorías desgastadas se vuelve más tiránico a medida que la tradición pierde su fuerza vital y la memoria de su comienzo se desvanece*.

Una reflexión a propósito del *multiculturalismo* implica partir de su existencia como discurso, lo que no quiere decir que se limite a palabras o fórmulas retóricas. Se trata de un discurso en su manifestación material, como una política de Estado y una fórmula de la justicia engastada en una compleja red de discursos y prácticas. Por ende, no se puede afirmar que el debate alrededor del multiculturalismo esté clausurado, ni siquiera que el discurso multicultural y pluralista que lo sostiene se haya agotado luego de la inclusión de lo diverso, como afirman Carrillo y Patarroyo (2009).

Es necesario tener presente que la renuncia o superación de una discusión teórica, a propósito de un concepto o un conjunto de estos, no implica su desaparición práctica o el cese de sus efectos en el plano político y organizativo. Mi hipótesis de partida es que el *multiculturalismo* está vigente, y lo más importante, actuando, en las prácticas discursivas, en el diseño de políticas públicas, en sentencias judiciales, en campañas de publicidad, en el mercadeo, en estrategias turísticas, en guiones e instalaciones de museos, en estos y otros lugares. Es decir, está desvelando su plena fuerza coercitiva en un momento en que ya nadie se rebela contra el *multiculturalismo*. Por el propósito de este volumen, me concentraré en

analizar cómo el *multiculturalismo* promovido por la Constitución de 1991 ha sido interpretado por algunos profesores de derecho, implicados en estas discusiones, y cómo a través de sus escritos el *multiculturalismo* sigue actuando incluso cuando parece que se le impugna.

### **PROLEGÓMENOS SOBRE EL MULTICULTURALISMO**

Hace ya varias décadas que el adjetivo *multicultural* y el sustantivo *multiculturalismo* emergieron como valores universales. Sustantivo y adjetivo aparecen en diversas formaciones discursivas, otorgando al multiculturalismo un sentido pletórico. La gama de lo multicultural parece ser muy amplia, y a su vez, directamente proporcional a la polisemia de los conceptos asociados y a la ambigüedad de los idearios derivados del mismo. Según Žižek (1998), “la forma ideal de la ideología de este capitalismo global es la del multiculturalismo, esa actitud que –desde una suerte de posición global vacía– trata a cada cultura local como el colonizador al pueblo colonizado: como “nativos”, cuya mayoría debe ser estudiada y “respetada” cuidadosamente” (p. 172).

Y agrega:

En otras palabras, el multiculturalismo es una forma de racismo negada, invertida, autorreferencial, un “racismo con distancia”: “respetar” la identidad del Otro, concibiendo a éste como una comunidad “auténtica” cerrada, hacia la cual él, el multiculturalista, mantiene una distancia que se hace posible gracias a su posición universal privilegiada. El multiculturalismo es un racismo que vacía su posición de todo contenido positivo (el multiculturalismo no es directamente racista, no opone al Otro los valores *particulares* de su propia cultura), pero igualmente mantiene esta posición como un privile-

giado *punto vacío de universalidad*, desde el cual uno puede apreciar (y despreciar) adecuadamente las otras culturas particulares: el respeto multiculturalista por la especificidad del Otro es precisamente la forma de reafirmar la propia superioridad (p. 172 *Cursivas en el texto original*).

A partir de la afirmación de Žižek sobre el *multiculturalismo*, sostengo que este discurso pretende alcanzar dos resultados profundamente diversos, pero convergentes: celebrar y promocionar la *diferencia* como un *valor*, y al mismo tiempo, domesticar la *diferencia* en tanto esta sea obstáculo en el proceso de acumulación capitalista, preservando aquellos elementos de la *diferencia* que le resulten rentables a los intereses del mercado autorregulador. Se trata entonces de convertir la *diferencia* en mismidad mediante su promoción, y al mismo tiempo mantenerla como diferencia; un procedimiento oximorónico de preservación e incluso profundización de la *diferencia* en tanto fetiche, objeto de consumo en un mercado asediado por individuos que buscan lo más exótico y particular para distinguirse. Se trata quizás de un viejo proceso de reducción de la *diferencia* a una alteridad domeñada, pero a través de nuevas retóricas. Sin embargo, el multiculturalismo debe generar espacios, fisuras por entre las cuales la diferencia no logra ser completamente domesticada, pero quizás se trata de aberturas necesarias para el funcionamiento mismo de la máquina, sin las cuales la ilusión no sería creíble.

Comparto con Gnecco (2011) la afirmación según la cual el *multiculturalismo* organiza y domestica la diferencia. Con todo, podrá objetarse que el multiculturalismo es mucho más que un discurso; se trata de un entramado de prácticas y discursos, una madeja compuesta de múltiples hilos en

los que se entretujan normas legales, disposiciones administrativas, medidas económicas, representaciones gráficas, habilitaciones arquitectónicas... No de otra manera se podría intentar domesticar la diferencia, pues hay en tal empresa una incursión lesiva, pero hasta cierto punto, conveniente para los mismos sujetos que la afrontan. El *multiculturalismo* y sus efectos se mantienen a través de prácticas concretas legitimadas en saberes afincados profundamente en la antropología y el derecho<sup>1</sup>, entre los *saberes auténticos*, constituyentes de la diferencia domesticada.

Entre la extensa literatura sobre *multiculturalismo*, podemos ubicar diversas corrientes<sup>2</sup>. En este texto, expondré únicamente aquellas tendencias que han tenido relevancia en el *derecho constitucional colombiano*, sin desconocer que existen otras que no han calado entre los juristas locales. La primera de ellas la agruparé como la *postura liberal* y sus recepciones locales. Se trata de un enfoque que encuentra en el *multiculturalismo* la opción juridicopolítica más apropiada para resolver los problemas de exclusión y desigualdad,

---

<sup>1</sup> Suscribo el argumento de Barona y Rojas (Barona, Guido y Rojas, Tulio. Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Ensayo crítico. Popayán: Universidad del Cauca, 2007), según el cual no se puede hablar del derecho en singular, sino de los derechos, los diversos sistemas jurídicos existentes que, sólo a partir de una falacia, es posible creer que se unifican en uno sólo. No obstante, en esta tesis me he referido al derecho en singular para designar precisamente aquella metáfora unitaria del Derecho de Occidente entendido como el corpus de valores de una sociedad. De manera que no descarto la existencia de otros derechos, pero mi argumento se dirige a cuestionar el Derecho Occidental.

<sup>2</sup> Como cualquier propuesta clasificatoria la que propondré no resultará menos arbitraria e incompleta que muchas otras. No pretendo construir un listado exhaustivo, tampoco reproducir la neurosis académica de la totalización del archivo, únicamente pretendo exponer mi argumento a través de los autores retomados.

afrontados en entornos (países y regiones) multiculturales. Esta corriente resulta relevante en tanto ejerce una fuerte influencia en la jurisprudencia constitucional colombiana, relacionada con debates sobre identidad y derechos de pueblos minoritarios. En el segundo enfoque, agruparé la literatura basada en una postura crítica del multiculturalismo, pero que no obstante esa condición, mantiene una perspectiva centrada en la retórica del derecho.

Comparto con Trouillot (2011) la afirmación hecha a propósito de la injusticia, producto de las síntesis intelectuales y las reagrupaciones compulsivas de la academia en contra de los autores. Por lo tanto, no es la intención de este capítulo una revisión exhaustiva de las teorías sobre el *multiculturalismo*, tan solo es un intento de organización del debate que no pretende ocultar su sesgo ideológico, por el contrario, busca advertir al lector desde qué orillas están siendo leídos algunos de los discursos en los cuales se cristaliza el *multiculturalismo*.

### **LAS INFLUENCIAS DEL LIBERALISMO CANADIENSE EN COLOMBIA**

Un texto de amplia difusión entre los estudiantes de derecho y de ciencia política durante la segunda mitad de la década de los noventa fue *Ciudadanía Multicultural* de Will Kymlicka (1996). En él, el autor argumenta extensamente a favor del *multiculturalismo* como la alternativa más adecuada para resolver los conflictos socioculturales que surgen en entornos caracterizados por la coexistencia de grupos entre los cuales se presentan divisiones étnicas, raciales o nacionales. Para Kymlicka, existen al menos dos formas de *estado multicultural*, definidos según la manera como las minorías se integren a las

comunidades políticas, y así, al menos dos modelos amplios de diversidad cultural: cuando la integración surge por “la incorporación de culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y estaban territorialmente concentradas a un Estado mayor” (p. 25), dando lugar a minorías nacionales; estas se caracterizan por el deseo de continuar como sociedades diferenciadas de la cultura mayoritaria a la que se encuentran integradas territorialmente, reclamando autonomía o autogobierno que permita su preservación como sociedades diferentes. Un segundo tipo de diversidad cultural es la constituida por los “grupos étnicos”, situación que surge como consecuencia de la inmigración individual y familiar; posición en la que los sujetos buscan integrarse a la sociedad de la cual forman parte, como consecuencia del acto migratorio, pero en procura de mantener su “identidad étnica”. Así, los miembros de los “grupos étnicos”, reclaman que la sociedad receptora modifique sus leyes e instituciones de manera que sea más “permeable a las diferencias culturales” (p. 26).

Así como Kymlicka plantea una división en los tipos de diversidad cultural presentes en las sociedades multiculturales, existen también por lo menos dos formas de *estado multicultural*: el *estado multinacional* y el *estado poliétnico*. El primero correspondería al que cuenta con más de una nación. Para estos efectos, Kymlicka retoma una idea sociológica de nación, según la cual, se trataría de una “comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas” (p. 26). Un Estado multicultural al que se han incorporado minorías nacionales, voluntariamente o no, se trataría entonces de un

*estado multinacional*; en tanto que un *estado poliétnico* está integrado por grupos de migrantes provenientes de diversas naciones. Lo característico de este tipo de estado multicultural es que los grupos inmigrantes, normalmente minoritarios, no se consideran naciones ni ocupan tierras natales, siendo la vida familiar y las asociaciones voluntarias lo que da lugar a su especificidad.

Para Kymlicka, el problema del *multiculturalismo jurídico* es en el fondo un dilema acerca de cómo proteger a los grupos minoritarios, ya sea que por ellos se configure un *estado multinacional* o uno *poliétnico*, de manera que se pueda garantizar a sus integrantes el acceso en igualdad de condiciones a los bienes sociales, sin atentar contra las libertades de las personas que pertenece a los grupos mayoritarios. Así, para que el *estado multicultural* afronte el reto de la inclusión, garantizando a su vez igualdad y libertad, Kymlicka propone dos categorías fundamentales que permitirían distinguir los límites y las facultades de las políticas diseñadas para tales efectos: *protecciones externas* y *restricciones internas*, categorías juridicopolíticas que han sido empleadas tácitamente por la Corte Constitucional colombiana<sup>3</sup>. Las protecciones externas garantizan la igualdad y combaten la discriminación cultural manteniendo intactos los principios liberales. Las *restricciones internas* hacen parecer que el Estado limita el

---

<sup>3</sup> Al respecto se sugieren la siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-113 de 2009, C-139 de 1996, T-778 de 2005, SU-510 de 1998, T-1105 de 2008, C-180 de 2005, C-175 de 2009, C-208 de 2007, entre otras. Aunque en ellas no se cite textualmente a Kymlicka es frecuente encontrar en la argumentación de la Corte la intención de promover el mismo tipo de equilibrio perseguido por el autor entre el derecho de las minorías de acceder en plano de igualdad a las libertades sin que ello signifique el sacrificio de las mismas para las mayorías.

liberalismo desbocado como principio básico de la libertad individual en aras de garantizar los derechos de grupos no privilegiados. A través de las *protecciones externas* y las *restricciones internas*, Kymlicka asegura que los derechos colectivos y los principios del liberalismo son perfectamente compatibles en el estado multicultural.

Las *protecciones externas* garantizan a las comunidades discriminadas la intervención del Estado, mediante acciones afirmativas sólo cuando sea preciso garantizar la igualdad material. Y en sentido opuesto, la garantía de que el Estado respetará la autonomía de los grupos minoritarios, en este caso de los pueblos indígenas<sup>4</sup>, absteniéndose de intervenir en los asuntos que les competen a sus autoridades tradicionales, pero garantizando, mediante la categoría de *restricciones internas*, un límite mínimo compuesto por los derechos fundamentales de cada uno de sus individuos.

No obstante, como lo expone Hale (2002), la postura de Kymlicka no se cuestiona quién, quiénes o en dónde se establece y en qué momento es posible proteger desde lo externo, o cuál es el límite (más allá del universal y lábil concepto de derechos fundamentales) que justifica una restricción interna. La respuesta para Hale es directa: el Estado es quien define “las sutiles distinciones que permiten determinar cuándo es necesaria una iniciativa de ‘protección externa’ a los derechos

---

<sup>4</sup> Es preciso aclarar en este punto, que empleo la adjetivo “indígena” y su plural, en el sentido expuesto por Barona y Rojas (2007), según la cual «indígena» como categoría sólo existe a partir de la colonización y como un producto de la invención de ese nuevo mundo que hoy es América. Hago esta aclaración con el fin de omitir las comillas en la expresión “pueblos indígenas” a lo largo del texto, lo cual resulta engorroso tanto para quien escribe como para el lector, por lo cual en adelante esa expresión tendrá el sentido aquí aclarado.



culturales de un grupo oprimido y cuándo esa iniciativa ha `ido demasiado lejos´ en el ámbito de las `restricciones internas´” (Hale, 2002 p. 297).

Era necesario reseñar brevemente la postura de Kymlicka, ya que como se expuso, esta ha influido tácita, pero notablemente en la jurisprudencia constitucional colombiana; sñin embargo, ese no ha sido el único discurso permeado por el trabajo del canadiense. Entre los profesores de derecho de universidades como la Nacional y los Andes, el influjo de Kymlicka también ha sido evidente. Daniel Bonilla (2006) retoma los trabajos del *multiculturalismo canadiense* en Charles Taylor, Will Kymlicka y James Tully, como herramientas de análisis de la jurisprudencia de la constitucional colombiana, en términos de la interpretación de los valores liberales, con el fin de definir qué tanto se acerca o se aleja de ellos la Corte Constitucional. El autor afirma que el debate en esa Corporación, así como la discusión que suscitaron las posturas de los representantes de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991, se pueden entender bajo los mismos términos del debate entre los tres autores elegidos.

Para Bonilla<sup>5</sup>, la argumentación desarrollada por el *multiculturalismo* como filosofía política arroja las herramientas teóricas adecuadas para evaluar los debates suscitados, tanto dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, por el conflicto de valores entre sus miembros (especialmente los representantes de comunidades indígenas), como lo que ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional colombiana. Según el autor, en el fondo la problemática se resume a una

---

<sup>5</sup> Ibídem.

tensión central de la interpretación constitucional, originada por la confrontación de valores liberales y no liberales, tal y como sucede en la literatura del *multiculturalismo* que Taylor, Kymlicka y Tully promueven, con sus diferencias. La tensión para Bonilla se da entre el concepto de *unidad cultural* y la diversidad cultural, propia de las transformaciones globales, lo que hace a todos los países hoy en día multiculturales, aunque lo sean en forma diversa.

El dilema entre valores liberales ocasiona para Bonilla dos tensiones de tipo práctico: por un lado, el enfrentamiento entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la concepción universal de la dignidad humana que sustenta los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano; por otro, el enfrentamiento entre el principio de unidad política y los derechos de autogobierno de las minorías. Bonilla observa esta tensión en la jurisprudencia constitucional colombiana, lo que lo lleva inevitablemente a realizar un análisis teórico, limitado a la hermenéutica jurídica. Aunque no se trata de una simple dogmática, pues sus recursos a la filosofía política son evidentes, no trasciende la reflexión *solipsista* del derecho.

Lo que interesa a Bonilla es proponer un mecanismo mediante el cual se puedan construir criterios normativos para resolver, dentro de la argumentación filosófica y la hermenéutica jurídica, la tensión entre unidad y diversidad cultural, existente en la Constitución del 91. Para tal efecto, propone cuatro criterios: la imparcialidad del Estado frente a todas las culturas, la maximización de los derechos de autogobierno de las minorías culturales, la minimización de la intervención del Estado a cambio del fortalecimiento de la intervención de la sociedad civil, el establecimiento de una estrategia que proteja

la salida de quienes, como parte de una cultura minoritaria, deseen abandonarla por no compartir los valores morales de esta. En cuanto a la tercera estrategia, Bonilla argumenta la posibilidad de que el Estado, de manera excepcional, pueda y deba intervenir cuando las minorías culturales violen los estándares morales aceptados interculturalmente, para lo cual sería viable apelar al criterio de restricciones internas desarrollada por Kymlicka.

La propuesta de Bonilla anticipó algo que en un tono semejante planteó luego Camilo Borrero (2009), pero sin desarrollarlo. Borrero sugiere que para trascender el *multiculturalismo* y alcanzar la *interculturalidad*, sin limitarse a un cambio nominal, se requiere una dogmática alternativa sobre los derechos humanos en clave étnica particular, como herramienta hermenéutica que busque conciliar derechos étnicos con libertades individuales. Tras modificar parcialmente lo que él mismo sostuvo en el 2003, Borrero sugiere una interpretación constitucional flexible que implicaría dejar de considerar a la Corte Constitucional como un órgano judicial de cierre<sup>6</sup>.

Para Borrero, sería necesario modificar la composición de la Corte de manera que se pueda convertir en una corporación

---

<sup>6</sup> Un órgano judicial de cierre, como puede ser la Corte Constitucional, se basa en el carácter supremo que adquiere la Constitución Política en el orden jurídico, de donde se infiere que el tribunal encargado de salvaguardar los contenidos normativos en ella consagrados, contra posibles embates del poder legislativo, deba ser considerado como órgano de cierre. En Colombia, la tarea de salvaguardar la constitución le corresponde a todas las instancias del Estado, sin embargo, es competencia prevalente de la Corte Constitucional juzgar la correspondencia de las leyes expedidas por el legislador frente a la Constitución Política, tarea para la cual deberá procurar mantener el orden constitucional contenido en la Carta. Para una discusión al respecto ver: García de Enterría (1991) y Uprimny (2001).

judicial respetuosa de las dinámicas particulares, propias de la *interculturalidad*. La propuesta de Borrero es atractiva; sin embargo, abriría la puerta a las tradiciones más conservadoras que verían la posibilidad de restituir a otras altas cortes, como la Suprema o el Consejo de Estado, el control de la interpretación constitucional. Propuesta por demás de difícil realización, dado que exige reformar las competencias otorgadas a la Corte Constitucional, en procura del reconocimiento de la validez de otras instancias que actuarían como órganos judiciales de minorías, tales como cabildos indígenas, consejos de mayores, consejos comunales, entre otras. No parece posible, al menos en el estado actual de las fuerzas políticas, que los intereses de grandes capitales, especialmente mineros, permitan una reforma constitucional en tal sentido, dado el poder de autonomía que eso daría a los pueblos indígenas.

No obstante, propuestas como la de Borrero (2009) y Bonilla (2006) contribuyen a llenar un vacío que, como el mismo Bonilla señala, ha caracterizado a la filosofía política, en tanto no se ha ocupado de los derechos culturales de las minorías étnicas y nacionales con suficiente cuidado. No se puede desconocer los ingentes esfuerzos de Bonilla, Borrero o Ariza (2009), que más adelante analizaré, por aportar soluciones razonadas a la violencia ejercida contra los pueblos indígenas, afrodescendientes y rom en Colombia. No obstante, valdría la pena discutir varios aspectos de la propuesta de Bonilla y de Borrero.

En primer lugar, el abandono teórico de la filosofía política por los derechos de los pueblos indígenas a la que Bonilla se refiere, probablemente sea evidente en la filosofía política de algunos autores foráneos, o en aquella que, como en su caso, se limita a reproducir la filosofía originada en la matriz de

pensamiento de algunos autores foráneos. Es necesario tener presente que no existe una sola filosofía política. Autores, como Kusch (1978, 2008), Peña (2004), Clavero (2008), Walsh (2009), entre otros, aportan reflexiones de filosofías locales relevantes para la discusión de los problemas que avoca Bonilla.

El segundo reparo es la aceptación tímida, pero suficientemente clara, que hace Bonilla de la universalidad de los estándares morales. Si bien reconoce que se deben tener en cuenta dichos estándares sólo cuando han sido así aceptados interculturalmente, cabe preguntarse si materialmente tal consenso intercultural se ha dado o se puede dar. Evidentemente, y así lo reconoce Bonilla, la formulación de los derechos fundamentales que desarrollan esos estándares morales no ha sido ajena al proceso colonizador, no obstante, abogar por la aceptación de los estándares como si fuera algo ya acordado, resulta problemático. Cuando así sucede, cuando tácitamente se admite la existencia de tales valores morales interculturales, es posible reproducir la imposición de los mismos valores que sustentan el humanismo instrumental producido por la matriz colonial.

Al referirse a las decisiones de la Corte Constitucional y la influencia que estas han tenido en el reconocimiento de la diferencia, Bonilla señala:

Este no es un cambio marginal. La retórica oficial que se utiliza para describir la composición cultural del Estado y para hablar de las minorías culturales ejerce una notable influencia sobre la manera como los ciudadanos comprenden a su país y el lugar que creen que deben tener las comunidades minoritarias en la sociedad. Antes de 1991, la retórica oficial desconocía la diversidad de Colombia, o bien la evaluaba de

maneras negativas. La idea de que las minorías culturales eran “primitivas” y debían ser asimiladas era un lugar común en el discurso de las autoridades colombianas antes de la promulgación de la nueva Carta política (p. 34).

La prosa ha cambiado, pero el efecto es el mismo. El desprecio cultural por la *diferencia* no parece haber cambiado con la jurisprudencia constitucional. Como esa Corporación lo reconoció en el Auto 004 de 2009, en Colombia asistimos a un escenario paradójico en el que, por un lado se exalta la diferencia, pero por el otro nos mantenemos indiferentes ante todas las formas de violencia ejercidas contra los «pueblos indígenas» y afrodescendientes. Como muestran estudios de Mondragón (2008), Garay (2003) y otros, dos millones de hectáreas han sido robadas a los «pueblos indígenas» y afros en los últimos 20 años. La mayor cantidad de población desplazada del país sigue siendo originaria de «pueblos indígenas», afros y campesinos. La estigmatización de estos grupos ante los reclamos que promueven es recurrente por parte de las autoridades oficiales, como se evidenció en el paro agrario ocurrido en el año 2013. De manera que habría que preguntarse qué es lo que realmente ha cambiado en los poco más de 20 años de vigencia constitucional. Ciertamente algo ha cambiado: hoy hay más indígenas... en las calles de las ciudades, desplazados; se encuentran más muestras del trabajo indígena... fuera de sus comunidades, en galerías y tiendas de recuerdos, y cada vez menos en las despensas de alimentos. Hoy hay más imágenes de miembros de pueblos indígenas... en las campañas de *etnomarketing* y en los planes turísticos. Ciertamente en 20 años eso ha cambiado.

Por último, como buena propuesta que se origina en la lógica del derecho y no puede escapar de ella, la de Bonilla

busca prescribir. Y aunque es posible compartir algunos de los criterios que a manera de conclusión ofrece, es difícil evitar pensar que una vez más el discurso del derecho coloniza los espacios de la vida cotidiana e impide pensar en cómo es que la economía política sigue ejerciendo su poderoso influjo por entre los intersticios que el derecho y sus custodios creen estar cubriendo. El discurso del derecho es un potente distractor, un catalizador de lo que Žižek denomina la “fantasía” que impide ver que el problema de los «pueblos indígenas», y muchos otros, es un problema de distribución de la tierra, de reconocimiento de la diferencia, un problema histórico y cultural que no se resuelve refinando la hermenéutica jurídica mediante la construcción de nuevos criterios de interpretación.

Es necesario algo más que buscar respuestas dentro de los límites del derecho. Normas, sentencias, criterios de interpretación ya son abundantes, pero de ¿qué sirve ese exceso, ese Estado protector desbordado? ¿Será acaso que en ese mismo desborde se torna deliberadamente ineficaz pero se auto-legitima? Es necesario, por recurrente que parezca, alzar de nuevo la voz para denunciar, para ver cómo la jurisprudencia y las políticas públicas, más que orientadas por criterios de interpretación, se solapan con intereses económicos y políticos, engastados en profundos niveles ubicados más allá de la capilaridad del derecho formal. Es necesario hacer evidentes las relaciones entre ese discurso capilar del derecho y las formaciones del saber y las relaciones de poder que sustentan los atropellos, la violencia y la exclusión, hacer ver las redes que sostienen los arreglos económicos producidos en las altas esferas del poder público y la manera como se articulan a los discursos menores sobre la identidad y la economía, atravesar por todos los niveles posibles, sin quedarse en la mirada

solipsista que limita el debate a una simple confrontación entre argumentos, más o menos liberales, entre unidad o diversidad cultural.

### **La crítica retórica**

El trabajo de Ariza (2009) se acerca a perspectivas, como la de Van Cott (2000) que cuestiona el surgimiento del *multiculturalismo jurídico*, como mecanismo por el cual las élites en Latinoamérica lograron conservar sus privilegios políticos y económicos, amenazados por la presión ejercida por los pueblos indígenas, durante la segunda mitad del siglo XX. También se encuentra cerca del planteamiento de Wade (2006), según el cual, el reconocimiento de los derechos étnicos no riñe con intereses políticos engastados en el Estado, ligados a objetivos estratégicos de gobierno y desarrollo, prevalentes sobre esos mismos derechos. Es aledaño a Gros (1997), para quien los Estados admiten la diferencia como otra forma de gobernar, cuando el derrumbe del estado de bienestar, a manos del neoliberalismo es evidente y el desarrollo como política pierde legitimidad. Ariza también se aproxima a Briones (1998), para quien la *política multicultural* emerge como estrategia de las hegemonías culturales estadounidenses en los años sesenta del siglo pasado, con el fin alcanzar un consenso sobre la base del reconocimiento del pluralismo cultural y en pos de la asimilación de las demandas planteadas por movimientos sociales, potencialmente conflictivos. Por último, vale la pena señalar que Ariza no se encuentra lejos de lo que plantea Lemaitre (2009), quien advierte en el *multiculturalismo*, un mecanismo mediante el cual se idealiza a los pueblos indígenas y se les exige cumplir una determinada función.



Ariza elabora una genealogía del discurso jurídico, a través del cual se ha construido la identidad indígena en tres etapas de la historia nacional: la colonia, la república y finalmente, el periodo siguiente a la expedición de la Constitución de 1991. Para desarrollar su argumento, Ariza se posiciona partir del análisis del derecho propuesto por Michel Foucault, comprendiendo el derecho como un régimen de verdad, mediante el cual no solo se estudia al sujeto, sino que se le define y se le asignan unos atributos particulares, en este caso, la identidad como atributo del sujeto indígena.

En esa genealogía, y ubicándose en el periodo actual, Ariza analiza la manera como se presenta el resurgimiento étnico, propiciado por la promoción de lo ambiental y el papel que en su cuidado pueden cumplir los pueblos indígenas, el respaldo internacional alcanzado precisamente como una forma de manifestación de la preocupación global por los impactos nocivos que sobre el ambiente pueden tener el cambio climático y otros factores adversos. pero también, por la revaloración que en las últimas décadas ha tenido el conocimiento de los pueblos indígenas, en buena medida vinculado a esa “misión” de preservar el ambiente para las generaciones futuras. La agudeza de Ariza da lugar a las críticas que sobre esos discursos han surgido en diferentes campos teóricos, a los cuales él mismo recurre como una forma de poner en discusión la naturalización que de la identidad indígena ha elaborado el discurso jurídico.

En cuanto al último periodo analizado, el caracterizado por el multiculturalismo y las transformaciones constitucionales ocurridas en buena parte de los países latinoamericanos durante algo más de las dos últimas décadas, Ariza destaca el papel que han jugado el antropólogo y la jurisprudencia

constitucional. En cuanto al primero, señala la incidencia que ha tenido el antropólogo, como experto al que se le encomienda la tarea de definir aquello que constituye la identidad, para efectos de distinguir con certeza, especialmente dentro del trámite de un proceso judicial que involucra a pueblos indígenas, las identidades étnicas “auténticas” de las “aparentes” (p. 272). En cuanto a la incidencia que ha tenido la jurisprudencia constitucional, Ariza señala que mucha de esta se ha apoyado en el criterio del experto para la definición de la identidad indígena a partir de los cambios ocurridos con la expedición de la Constitución de 1991.

El trabajo de Ariza va más allá de lo que usualmente plantean los textos jurídicos. A través de un análisis de discurso de algunos fragmentos pronunciados por los representantes de los pueblos indígenas presentes en la Asamblea Nacional Constituyente que redactó la Carta Política del 1991, el autor argumenta que la subjetividad indígena construida en el discurso histórico y colonial se reproduce en la voz de los mismos representantes indígenas. A propósito de uno de los fragmentos de las intervenciones hechas por Rojas Birri en la Asamblea Nacional Constituyente, Ariza sostiene:

El discurso histórico indígena, por lo tanto, se funda en el carácter violento de la dominación a la que han sido sometidos como pueblo, lo cual resulta más significativo en un país tan atormentado por la violencia como Colombia. La relación de continuidad lineal que trazan entre los distintos eventos históricos hace emerger una subjetividad constante. La Conquista y la guerra son el eterno presente para el indígena. El sujeto que describe esta historia es el mismo que la ha sufrido; es la historia así contada la que los constituye como sujetos. Los indígenas que se encuentran en el estrado de la Asamblea Nacional Constituyente son, desde el punto de

vista del discurso histórico, los mismos indígenas que fueron sometidos al tormento de la Conquista, a la explotación de la encomienda y a la segregación de los resguardos. Se representan como tales, como los mismos (p. 274).

La mirada de Ariza resulta profundamente ambigua, dado que: por un lado, impugna el colonialismo constitutivo y constituido por el régimen discursivo que construye una subjetividad indígena instrumentalizada en las formas actuales de exclusión, particularmente visibles para el autor en el manejo de los conflictos ambientales; por otro, reproduce aquello mismo que impugna. Cuando afirma que los indígenas constituyentes son –desde el punto de vista del discurso histórico– “los mismos que fueron sometidos al tormento de la Conquista, a la explotación de la encomienda y a la segregación de los resguardos”, pierde algo fundamental de vista: no lo son desde el punto de vista del discurso histórico, lo son desde el aspecto concreto y material de su existencia.

Ariza reconoce los datos sobre violaciones a los pueblos indígenas, pero los pierde de vista por la excesiva centralidad que da al discurso. Las palabras pronunciadas por Rojas Birri en la Asamblea Constituyente no son un mero ejercicio retórico, son las palabras de su pueblo que sigue siendo objetivo militar en todo el país, a manos de todos los grupos armados sin excepción, que siguen siendo explotados económicamente y, por último, que aún son objeto de prácticas segregacionistas y excluyentes. No se trata solo de una reminiscencia producto de viejos resentimientos, se trata de un colonialismo que no está en el pasado; no se trata solo de un discurso, sino de unas *subjetividades* concretas.

Por otro lado, la relación de continuidad lineal que la intervención de Rojas Birri traza entre los distintos eventos

históricos, relación que determina una subjetividad constante, al decir de Ariza, lejos de reproducir el discurso colonial lo está impugnando. La lectura de Ariza resulta cuestionable, en cuanto a la forma de concebir el tiempo histórico. La intervención de Rojas Birri, precisamente, está buscando configurar una temporalidad en la que se borra la supuesta transición de la colonia a la república y por último, al *estado multicultural*, rompiendo así el canon colonial que periodiza y exime de responsabilidades a la república, que habría expulsado al colonizador al tiempo que exime al *estado multicultural* (ese que estaba por venir institucionalmente con la Constitución que ellos estaban elaborando), de los errores cometidos por ella misma.

Lo que Rojas Birri reclama es una asignación de responsabilidades y eso, el mismo Ariza lo reconoce, citando a Rojas Birri: “los indígenas se presentaron en la Asamblea para exigir” (p. 248), pero no sólo una reparación, como piensa Ariza, sino una concepción del tiempo que no esté fragmentado en etapas, una concepción de tiempo plural. Luego, el reclamo pretende romper el discurso colonial y si reivindica una subjetividad constante, es porque en esos términos la advierte Ariza desde la mirada occidental, no precisamente porque Rojas Birri estuviera hablando de tal subjetividad, sino de una unidad que como pueblo se reconoce en unas formas perpetuadas de violencia, exclusión y explotación sin solución de continuidad.

El planteamiento de Ariza puede estar muy cerca de la reproducción del canon colonial, dada la forma como designa al pueblo Misajk:

Para respaldar su afirmación, la radicalidad de la diferencia entre indígenas y colombianos, algo que presenta como inne-

gable, Muelas pronuncia parte de su discurso en el lenguaje de los guambianos. No se trata, por supuesto, de presentar aquí tal reivindicación de la identidad indígena como algo negativo o censurable, mucho menos que el representante Muelas no tenga derecho legítimo a hablar en su propia lengua. Lo que intento resaltar es la estrategia elegida por este representante en particular, y la forma como se articula con el discurso general sobre la identidad indígena que ha sido presentada en los capítulos anteriores. Muelas insiste, una y otra vez, en la diferencia natural como una de las principales razones para el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. La diferencia es esencial, no contingente, no puede accederse a ella. La diferencia esencial entre los indígenas y los demás ciudadanos es una idea que se remonta al pensamiento colonial (p. 255, *Cursiva en el texto original*).

Ariza desconoce la lucha que el pueblo Misajk ha librado para exigir que se les nombre de una manera no colonial. El término 'guambiano' fue impuesto por la matriz colonial, no es la manera como ellos se reconocen ni exigen ser nombrados, pero esto es menor frente al aspecto más cuestionable de la interpretación que Ariza hace de las palabras de Lorenzo Muelas. Al vincular la diferencia natural con una diferencia esencial, Ariza reafirma la separación entre naturaleza y cultura, característica del pensamiento occidental binario y se la traslada en un mismo acto al pensamiento del indígena. La crítica que Ariza hace acerca de la manera como se construye la diferencia y por tanto la identidad, como una condición natural en el sentido biológico, es atribuible a la jurisprudencia constitucional, como luego el mismo autor lo hace.

A tal naturalización no se le puede endilgar de la misma manera a las palabras de Lorenzo Muelas. Si bien en su sentido

literal podría derivarse la misma conclusión entre el sentido que la Corte da a las diferencias naturales, de origen o nacimiento, que tendrían los miembros de los pueblos indígenas con el resto, y la diferencia natural que Muelas atribuye a los indígenas, pueden interpretarse como concepciones radicalmente distintas. La razón es que: si bien para el pensamiento occidental la naturaleza y la cultura se encuentran escindidas, no necesariamente es así para los pueblos indígenas. La diferencia ente naturaleza y cultura hace parte de la matriz epistémica occidental, para algunos propia del dualismo cartesiano occidental, o naturalismo, pero no es así para otras culturas, especialmente las amerindias, como han mostrado los trabajos de Astrid Ulloa, y tantos otros. El siguiente texto, citado por Astrid Ulloa del plan de vida de la OREWA, ilustra de manera suficiente el punto:

“Para los pueblos indígenas del departamento [Chocó] el bienestar está basado en el sentido de pertenencia a la Naturaleza como un legado ancestral de su origen; la Naturaleza y el mundo están constituidos por múltiples espíritus donde cada uno de ellos representa una de las especies de los seres vivos o muertos que existen. El tejido simbólico de la cosmovisión de los pueblos indígenas juega un papel definitivo en el equilibrio de los ecosistemas que se encuentran en su territorio. Es por eso que cuando se atenta contra la Naturaleza se atenta contra la cultura y viceversa” (Ulloa, 2001, p. 297).

Como ocurre en el pensamiento de muchos nativos del Chocó, para Muelas quizás no existe diferencia entre naturaleza y cultura; por ende, para él, hablar de una diferencia natural implica necesariamente una de tipo cultural, aspecto al que el pensamiento cartesiano dominante en el trabajo de Ariza permanece ciego.

Ariza pierde de vista que Lorenzo Muelas, al hacer un ejercicio performativo, como hablar en *namtrik* ante la Asamblea, para resaltar la diferencia, no está aludiendo a un simple elemento biológico, está significando una diferencia cultural que es radical. Evidentemente, Muelas acierta cuando dice que si no hablamos la misma lengua somos profundamente distintos. Frantz Fanon (2009) señaló: “Hablar una lengua es asumir un mundo, una cultura” (p. 62); y Muelas, no muy lejos de eso, es preciso al señalar la diferencia que existe entre los pueblos que hablan lenguas diversas y lo es precisamente, porque alude a una diferencia no meramente biológica, sino social. Es necesario comprender que para muchos pueblos indígenas no existe separación entre naturaleza y cultura, y la lengua está dada para ellos como una manifestación de la naturaleza, como una expresión cultural. La lengua significa y da sentido a ese mundo simultánea e inescindiblemente natural y cultural que habitan, la lengua no es un accidente de la historia; aunque sea histórica, no es natural; aunque dé cuenta de la naturaleza y se produzca a propósito de la relación con ella.

En su análisis, Ariza bordea tímidamente el lugar de una afirmación general sobre la identidad auto-asignada de los indígenas, por las afirmaciones halladas en las intervenciones de los constituyentes Muelas y Rojas Birri. Pese a la agudeza crítica, Ariza redundante en la generalización, según la cual los pueblos indígenas en Colombia, por diversas razones, han reafirmado pasivamente la subjetividad que les fue impuesta por el discurso colonial. Situación que efectivamente no se puede generalizar, por el hecho de que los discursos de los “representantes indígenas” en la Asamblea Constituyente del 91 así lo indiquen, si es que así lo indican.

Con todo, es necesario señalar que Ariza impugna el *multiculturalismo* del discurso jurídico de una forma inusual y novedosa entre los autores del derecho, reconociendo el carácter problemático de la relación entre el saber y el discurso jurídico. Y aunque esta dificultad ya se pone en evidencia por Gnecco y Londoño (2008) en un diagnóstico que Ariza reconoce como acertado, él mismo considera que el análisis por ellos presentado “describe un panorama un tanto equívoco acerca de la forma como se construye el discurso jurídico sobre la autenticidad indígena” (Ariza, 2009, p. 361), en tanto los autores, al hacer una lectura textualista de los enunciados jurídicos, asumen “que estas “representaciones” son inventadas arbitraria y autónomamente por un “aparato legal” que, de la nada, en un ejercicio de dominación e ignorancia, pronunciaría un discurso sobre la autenticidad indígena que responde funcionalmente a ciertas necesidades económicas y políticas.” (p. 361).

Ariza señala que hay dos razones para sostener lo anterior. La primera, es que el saber generado por otras disciplinas como la antropología y la psiquiatría, es incorporado por el derecho en la construcción de categorías y enunciados sobre los indígenas. Luego, si bien el discurso jurídico cuenta con “cierto grado de autonomía epistemológica” (p. 361), no está solo en esa producción de subjetividades, o “representaciones”, como entre comilla Ariza; sin embargo, la crítica que hace Ariza a Gnecco y Londoño (2008) puede resultar infundada si se lee con atención el trabajo de estos últimos. Lo que plantean Gnecco y Londoño es precisamente una relación mutua, compleja y de doble vía, existente entre el discurso jurídico y los saberes expertos, definidos como aquellas disciplinas que –como la antropología, pero también la arqueología y



la museografía— convergen en el *Estado multicultural* para producir una narrativa histórica sobre los otros: los indígenas, que los excluye y los despoja de su propia historicidad. En estos términos se refieren Gnecco y Londoño a dicha relación:

Al reclamar propiedad y jurisdicción el Estado conquista y controla una historia que no es suya pero que apropia a través de la ficción jurídica. Por medio de esta enunciación legal la historia indígena se incorpora a la historia «de todos». Sin embargo, esta ficción sostenida en el discurso legal y **alimentada por el discurso de las disciplinas expertas** no puede ocultar que la historia que cuenta sobre los otros no tiene en cuenta la historia de esos otros (Gnecco y Londoño, 2088, p. 72).

Y más adelante agregan:

La jurisdicción nacional colombiana establece la legalidad política del Estado frente a la formulación de leyes sobre el patrimonio que, en realidad, son leyes que regula la enunciación de la narrativa histórica y que otorgan a los saberes expertos, como el de los museos y el de los arqueólogos, la potestad para establecer los aparatos de censura que disciplinan la producción y reproducción del discurso histórico basado en objetos (p. 73).

Luego, la primera razón que sostiene la afirmación de Ariza sobre el trabajo de Gnecco y Londoño parece sacar de contexto el trabajo de los autores. La segunda razón no la expone Ariza, en su lugar habla de un “segundo punto” que extrae de otro texto escrito por Gómez y Gnecco (2008) en el mismo volumen donde se encuentra el de Gnecco y Londoño antes comentado. Ariza sostiene que la constatación de lo anterior (constatación recién desvirtuada) conduce a una paradoja, pues se presenta “el trabajo etnográfico como la

solución para la puesta en marcha de un régimen jurídico multicultural igualitario” (Ariza, 2009, p. 362).

En primer lugar, Gómez y Gnecco no plantean la posible existencia “de un régimen jurídico multicultural igualitario” que se podría obtener mediante el trabajo etnográfico. Lo que plantean es al aporte de una etnografía como la de Javier Tobar (2008) –recogida en ese mismo volumen<sup>7</sup> como un elemento imprescindible del diálogo interjurídico, que a su vez sería parte del diálogo intercultural.

La lectura de Ariza, según la cual Gómez y Gnecco “declaran que el problema, hasta ahora, ha sido una suerte de “desconocimiento antropológico” (Gómez y Gnecco, 2008, p. 22) que ha llevado a los jueces en sus decisiones a ignorar las peculiaridades de los pueblos indígenas, es desafortunada, ya que Ariza omite que el sentido de la expresión “desconocimiento antropológico” usada por ellos, no se dirige a plantear que los jueces no tengan en cuenta las etnografías, sino a la ruptura del diálogo entre la forma de ver el mundo propia del derecho y la forma de ver el mundo de los pueblos indígenas. Los ejemplos que Gómez y Gnecco ponen de presente, dan cuenta suficiente de este razonamiento. Cuando ellos afirman que el Estado reconoce a los indígenas como dueños ancestrales de sus territorios y a pesar de eso, otorga concesiones a mineras y petroleras para perforar el subsuelo ubicado en territorios de los pueblos indígenas, el Estado desconoce el concepto de

<sup>7</sup> Quizás lo que pasa por alto Ariza es que el texto de Gómez y Gnecco, por él cuestionado, si bien tiene un argumento propio, es un texto de introducción y presentación de los trabajos recogidos en el volumen donde se encuentran, entre otros, el trabajo de Gnecco y Londoño cuestionado por Ariza. Luego, nuevamente saca de contexto un fragmento, ahora las palabras de Gómez y Gnecco, referido al trabajo de Javier Tobar y el aporte de él dentro del volumen.

territorio de los mismos pueblos. La concepción que el Estado tiene de territorio está ‘desconociendo’ –que equivale a decir: negando– el concepto de territorio de algunos de los pueblos indígenas, según el cual: el territorio no es sólo la superficie, sino lo de arriba y lo de abajo.

La noción de territorio desconocida por los jueces colombianos, quienes apegados a la definición de la Constitución Política, según la cual el subsuelo es propiedad de la Nación, solamente materializa la forma como el derecho occidental niega otra forma de comprender el territorio implicada en las filosofías de muchos pueblos indígenas que habitan en Colombia. A ese desconocimiento se refieren Gómez y Gnecco, al desconocimiento como negación del *otro*, de su saber, de su forma de ver el mundo, de su forma de *estar* en el mundo. Es a impugnar la violencia epistémica mediante la etnografía a lo que Gómez y Gnecco nos invitan, mediante el diálogo interjurídico, reconociendo así que los pueblos indígenas también producen conocimiento jurídico válido, como parte del diálogo intercultural que las etnografías podrían promover.

Es de señalar, adicionalmente, que quizás las nociones de etnografía aquí implicadas son muy distintas. Evidentemente, Ariza se refiere a las etnografías coloniales, a las etnografías que, como los traductores al servicio del colonialismo, “descifraban” al *otro* mediante la representación, objetivándolo, haciéndolo inteligible para el administrador colonial de forma que este optimizara su intervención; sin embargo, Gómez y Gnecco no se refieren a esa etnografía. La etnografía de Tobar (2008), a la cual aluden, no se puede considerar como una etnografía clásica. Muy lejos de allí, Tobar no busca traducir, ni describir, ni hacer legible para occidente la forma de

justicia de los kamentsá. Nos invita simplemente a aumentar la sensibilidad, a reconocer el conocimiento del pueblo kamentsá como una forma de derecho tan legítima como la del Estado colombiano, ni más ni menos, pero intraducible. No se trata de compararla, como lo han hecho Perafán, Azcárate y Zea (2000), frente a quienes cabe perfectamente la crítica de Ariza. Tobar nos lleva a la *oscuridad* de la cual la *claridad* de la etnografía colonial nos ha sacado. Se trata de una etnografía hecha con los otros, no sobre “las espaldas de los Otros”.

Se trata de una etnografía con la que otros autores, además de Gómez, Gnecco y Tobar, estarían de acuerdo. Contrario a lo que sostiene Ariza, Wade (2006) plantea que el impacto de las reformas legales promovidas por el *multiculturalismo* es imposible de valorar sin “un análisis detallado de países particulares y, a menudo, de detalles etnográficos para casos específicos dentro de los países” (p. 73). El valor que Wade da al detalle etnográfico es aquí relevante, pero necesita precisarse. La sugerencia de Wade puede ser entendida, no como una invitación a realizar más estudios etnográficos como los empleados por los jueces, los cuales conducen a petrificar la identidad funcionalmente, al servicio de la objetivación de los pueblos indígenas, etnografías válidamente cuestionadas por Ariza. Por el contrario, se encuentra en Wade, como también en Gómez y Gnecco, una invitación a realizar un tipo de estudio etnográfico que permita discutir el impacto de las reformas legales en la vida de los pueblos indígenas y afrodescendientes, no a traducir el sentido de lo justo para esos pueblos con el fin de aportar tal descripción a un proceso judicial.

En procura de ampliar la perspectiva ofrecida por Wade, se podría decir que la invitación es a realizar un tipo de etnografía que no simplemente sirva para saber qué tanto

han contribuido los sistemas legales a mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas, pregunta por demás válida, sino especialmente para denunciar los intereses profundos a los cuales sirven dichas reformas, la manera como a través de ellas se crea una identidad funcional y domesticada, se objetiva a los miembros de los pueblos indígenas a través de los discursos y prácticas de conservación ambientales, pero también de explotación minera, de extracción del trabajo y de los universos simbólicos por ellos creados.

No obstante, la lectura que Ariza hace de Gómez y Gnecco, su trabajo presenta un cuestionamiento que no se puede pasar por alto: el papel de la etnografía en la construcción del discurso jurídico sobre la autenticidad indígena. Al respecto, suscribo la apuesta crítica de Ariza, y comparto plenamente que ese saber antropológico, en el sentido del saber disciplinario y disciplinante de la diferencia, ha contribuido a violentar la diferencia, a reducir la alteridad a la mismidad, a traducir y comparar lo inconmensurable. A pesar de ello, hay un tipo de etnografía que puede contribuir a subvertir la relación colonial a la cual el conocimiento científico, derivado de la etnografía, ha colaborado.

Por último, la consecuencia de la ausencia de contexto etnográfico en el caso de Ariza, lo conduce a las generalizaciones, de las cuales se deriva un solapamiento del discurso que él mismo se cuestiona: la construcción colonial de un *otro* al que le endilga un discurso que no estaba pronunciando. Es el riesgo que se corre cuando se hace análisis de discurso sin contexto etnográfico. Será necesario, entonces, complementar propuestas como la de Ariza sobre el *multiculturalismo*, mediante una etnografía situada que evite recaer en las miradas coloniales, como en parte propone Wade (2006).

Es necesario rastrear el *multiculturalismo* en las prácticas producidas por el *derecho*, no sólo en la jurisprudencia, sino en las políticas de gobierno. Aun así, sería insuficiente. Si el *multiculturalismo* funciona como una red, será necesario mirar afuera del derecho, no sólo en el derecho como lo hace Ariza, mirar la manera como se producen las representaciones articuladas a la creación de identidades estereotipadas y afirmadas por el mismo *derecho*. Ahora bien, el *derecho* no es el único lugar de enunciación, tampoco el más recurrente, es sólo uno más que se articula en un enjambre de prácticas y discursos que aquí traté simplemente de esbozar.

## REFERENCIAS

Arendt, H. (1996). *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Traducción de Ana Poljak. Barcelona: Ediciones Península.

Ariza, L. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.

Barona, G. y Rojas, T. (2007). *Falacias del pluralismo jurídico y cultural en Colombia. Ensayo crítico*. Popayán: Universidad del Cauca.

Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre. Instituto Pensar.

Borrero, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP y GTZ.

Borrero, C. (2009). ¿Multiculturalismo o interculturalidad? *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Briones, C. (1998). *(Meta)cultura del Estado-nación y estado de la (meta)cultura*. Brasilia: Série Antropología.

Carrillo, D. y Patarrollo, S. (2009) Una propuesta de resistencia epistemológica. *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Clavero, B. (2008). *Geografía jurídica de América Latina*. México: Siglo XXI editores.

Fanon, F. (2009). *Piel negra, máscaras blancas*. Madrid: Ediciones Akal.

Garay, L. J. (2003). *La economía política de la exclusión social en Colombia*. Bogotá.

García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

Gómez, H. y Gnecco, C. (2008). El teatro de la representación: discursos legales e indígenas. *Representaciones legales de la alteridad indígena*. Gómez, Herinaldy y Gnecco, Cristóbal (editores). Popayán, Editorial Universidad del Cauca.

Gnecco, C. (2011). *Antropología en entredicho: propuesta desde el fondo de la subalternidad. Presentación de Transformaciones globales. La antropología y el mundo moderno. Michel-Rolph Trouillot*. Universidad del Cauca, CESO Universidad de los Andes.

Gnecco, C. y Londoño, W. (2008). Representaciones de la alteridad indígena en el discurso jurídico colombiano. *Representaciones legales de la alteridad indígena*. Gómez, Herinaldy y Gnecco, Cristóbal (editores). Popayán: Editorial Universidad del Cauca.

Gros, C. (1997). Indigenismo y etnicidad: el desafío neoliberal. *Antropología en la modernidad: identidades, etnicidades*

*y movimientos sociales en Colombia*. María Victoria Uribe y Eduardo Restrepo (editores). Bogotá: ICANH.

Hale, C. (2002). ¿Puede el multiculturalismo ser una amenaza? Gobernanza, derechos culturales y política de la identidad en Guatemala.

Kusch, R. (1978). Esbozo de una antropología filosófica americana. Buenos Aires: Castañeda.

\_\_\_\_\_. (2008). *La negación en el pensamiento popular*. Buenos Aires: Las Cuarenta.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Mondragón, H. (2008). Megaproyectos y territorios indígenas. *La Tierra contra la muerte Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Juan Houghton Editor. Centro de Cooperación al Indígena CECOIN Organización Indígena de Antioquia OIA Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos. Anthropos Editores.

Perafán, C.; Azcárate, L.; Zea, H. (2000). *Sistemas jurídicos Tukano, chamí, guambiano, sikuani*. Bogotá: ICANH, Ministerio de Cultura, Colciencias

Peña, A. (2004). *Poder judicial comunal aymara en el sur andino*. Bogotá: ILSA.

Tobar, B. J. (2008). Monismo jurídico y diferencia cultural. Lo justo, el trabajo en común y la ética del don. *Representaciones legales de la alteridad indígena*. Gómez, Herinadly y Gnecco, Cristóbal (editores). Popayán: Editorial Universidad del Cauca.



Trouillot, M.R.(2011). *Transformaciones globales. La antropología y el mundo moderno*. Popayán: Universidad del Cauca. CESO Uniandes.

Uprimny, R. (2001). *El dilema de la interpretación constitucional. En Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Van Cott, D. L. (2000). Latin America: constitutional reform and ethnic right. *Parliamentary Affairs* 53.

Ulloa, Astrid (2001) El nativo ecológico: movimientos indígenas y medio ambiente en Colombia. *Movimientos Sociales, Estado y Democracia*. Mauricio Archila y Mauricio Pardo (Editores) Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, ICANH.

Wade, P. (2006). Etnicidad, multiculturalismo y políticas sociales en Latinoamérica: Poblaciones afrolatinas (e indígenas). *Revista Tabula Rasa*, 4, Bogotá.

Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Žižek, S. (1998) Multiculturalismo, o la lógica cultural del capitalismo multinacional. *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Jameson, Fredric y Zizek, Slavoj. Buenos Aires: Paidós.

\_\_\_\_\_. (2001). *El sublime objeto de la ideología*. México: Siglo XXI Editores.

## **AUTORES**

### **JOSÉ RORY FORERO SALCEDO**

Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Estudios Avanzados en Derecho Constitucional y especialista en Derechos Humanos de la misma Universidad; abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. El autor es profesor titular de carrera de la Universidad Libre y se encuentra adscrito a su Centro de Investigaciones Socio Jurídicas; co-investigador del Grupo Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos, Línea de Investigación: Régimen Disciplinario de los Servidores Estatales. Proyecto de Investigación: Vicisitudes del Derecho Disciplinario. Producto de Investigación 2016.

### **CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ**

Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, especialista en Derecho Administrativo y Filosofía teoría del Derecho en la Universidad Libre; Magíster en Filosofía y Lógica Universidad de los pueblos de Europa, Doctorado Universidad Externado, Doctor *Honoris causa* Universidad Privada de Ica, Perú. Docente investigador, Universidad Libre. hace parte del Grupo Estado Derecho y Territorio. Email: carlosahernandezd@unilibre.edu.co

**ORLANDO MENESES QUINTANA**

Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia; especialización en Docencia Universitaria de la Universidad Gran Colombia y maestrías en Filosofía y en Teología en la Universidad Javeriana. Docente investigador en la Universidad Libre.

**NOHORA ELENA PARDO POSADA**

Abogada de la Universidad Libre; magíster en Derecho Administrativo, de la misma universidad; candidata a magíster en Derecho procesal, Universidad Nacional de Rosario, en Rosario, Argentina; docente e investigadora de la Universidad Libre, Bogotá. [nohora09@hotmail.com](mailto:nohora09@hotmail.com)

**JOSÉ GUILLERMO CARRILLO BALLESTEROS**

Abogado Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, y Magíster en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia, con nueve años de ejercicio profesional como académico-investigador, en el campo del derecho público y los Derechos Humanos. Líneas de investigación en temas socio-jurídicos, enfocados en la reconstrucción de la memoria histórica, la justicia transicional, el estudio de las emociones y los movimientos sociales. Docente investigador universidad Libre y se encuentra adscrito a su Centro de Investigaciones Socio Jurídicas; co-investigador del Grupo de investigación Derecho, sociedad y estudios Internacionales

**RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO**

Abogada de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid; especialista en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia; doctora en Derecho, Universidad Santo Tomas; docente e investigadora de la Universidad Libre, Bogotá. [carolinablancoalvarado@hotmail.com](mailto:carolinablancoalvarado@hotmail.com)

**DILIA PAOLA GÓMEZ PATIÑO**

Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada; magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos, Universidad Externado de Colombia en convenio con el Instituto de Altos Estudios Latinoamericanos de París; docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada; directora de la Línea de Investigación en Derechos Humanos, adscrita al Grupo de Derecho Público de la UMNG. Correo electrónico [dilia.gomez@unimilitar.edu.co](mailto:dilia.gomez@unimilitar.edu.co)

**ANDRÉS MAURICIO GUZMÁN**

Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina. Docente investigador de la Facultad de derecho de la Universidad Libre de Colombia, Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Constitucional Nacional y Comparado. Correo electrónico [andresm.guzmanr@unilibrebog.edu.co](mailto:andresm.guzmanr@unilibrebog.edu.co)

**JOHN FITZGERALD MARTÍNEZ V.**

Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Máster oficial en Ciudadanía y Derechos Humanos: Especialidad bioética y éticas aplicadas de la Universidad de Barcelona, Magíster en Derechos Humanos y Estado de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Docente Investigador de la Universidad Libre de Colombia, Miembro del Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y para la Paz. Docente universitario de Posgrados y Pregrado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Libre Bogotá

**CARLOS EDUARDO AMAYA PERDOMO**

Abogado de la Universidad Libre, seccional Bogotá; Especialista en Derecho Administrativo egresado del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre, seccional Bogotá; Docente del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá; Participante declarado Fuera de Concurso y Ganador del Primer Lugar durante 3 años consecutivos 2011, 2012 y 2013 del Concurso de Oratoria de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá, Homenaje a Jorge Eliecer Gaitán; Representante estudiantil ante el Comité de Unidad Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre- seccional Bogotá.

**HERNANDO PEÑA SALGUERO**

Abogado de la Universidad Libre; especialista en Derecho Procesal y Derecho Constitucional; magíster en Derecho Administrativo; docente de la Universidad Libre, Seccional Bogotá,

vinculado al Área de Derecho Público; regenta las cátedras de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Historia Constitucional y Derecho Constitucional.

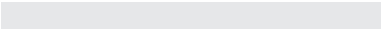
Este artículo es producción académica, basada en el segundo capítulo del trabajo de grado para obtener el título de magíster en Derecho Administrativo, titulado “Derechos Humanos y su Protección a través de las Leyes Estatutarias entre los años 1994 y 2012”.

**OSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTES**

Doctor en Antropología, universidad del Cauca, Magíster en Derecho de la universidad Nacional, abogado universidad Nacional. Docente investigador universidad Libre, líder del grupo de grupo de investigación Derecho Social y del Mundo del Trabajo

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de  
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.  
En el mes de diciembre de 2016

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond  
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.  
Las fuentes tipográficas empleadas son Warnock pro en 11 puntos  
en texto corrido y 13 puntos en títulos.



El escenario de los derechos colectivos exige una reflexión científica de los hechos sociales debido a su complejidad actual. Esa realidad motiva la línea misional de la Universidad Libre a responder como conciencia crítica del país y recrear los conocimientos científicos a manera de resultados de investigación.

En esta ocasión, la facultad de derecho y el Centro de Investigaciones Sociojurídicas presentan ocho capítulos con aportes fundamentales sobre perspectivas críticas del derecho constitucional colombiano. Esperamos que el lector encuentre en la obra una herramienta para el análisis jurídico.

ISBN 978-958-8981-50-5



9 789588 981505