

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NUESTRO MODELO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONAL

JOHN FERNANDO RESTREPO TAMAYO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
MEDELLÍN
2017

**LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NUESTRO MODELO CONSTITUYENTE
Y CONSTITUCIONAL**

JOHN FERNANDO RESTREPO TAMAYO

Trabajo entregado como requisito para optar al título de
Doctor en Derecho

Carlos Mario Molina Betancur
Director

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
MEDELLÍN
2017

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: SOBRE EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	21
Sección Primera. ¿A qué llamamos participación ciudadana?.....	25
Sección Segunda. Derechos inherentes a la participación ciudadana	27
1. Esfera privada de la participación ciudadana.....	28
1.1 Vida.....	28
1.2 Libertad personal	28
1.3 Libertad religiosa.....	28
1.4 Libertad de culto	29
1.5 Libertad de conciencia	29
1.6 Propiedad privada.....	29
1.7 Intimidad	30
2. Esfera pública de la participación ciudadana	30
2.1 Igualdad ante la ley.....	30
2.2 Libre expresión	31
2.3 Reunión	31
2.4 Asociación.....	31
2.5 Elegir y ser elegido	32
2.6 Pluralidad de partidos políticos	32
2.7 Iniciativa legislativa	32
Sección Tercera. Participación ciudadana según la Corte Constitucional de Colombia	33

1. Participación ciudadana como derecho fundamental. Sentencia T-469 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1992).....	33
2. Participación ciudadana como principio fundante del Estado social de derecho. Sentencia C-103 de 1996, MP Fabio Morón Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1996).....	33
3. Alcance de la participación ciudadana y su relación directa con la democracia. Sentencia C-337 de 1997, MP Carlos Gaviria Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1997).....	34
4. Participación ciudadana como derecho susceptible de protección mediante tutela. Sentencia T-235 de 1998, MP Fabio Morón Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1998B)	34
5. Participación ciudadana como criterio de distinción del Estado social de derecho. Sentencia C-1338 de 2000, MP Cristina Pardo (Corte Constitucional de Colombia, 2000).....	35
6. Participación ciudadana como instrumento de control político. Sentencia C-507 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis (Corte Constitucional de Colombia, 2001B)	35
7. Participación ciudadana como principio y fin fundantes del Estado social de derecho. Sentencia SU-1122 de 2001, MP Eduardo Montealegre (Corte Constitucional de Colombia, 2001C).....	36
8. participación ciudadana como representación dela estructura republicana del poder público. Sentencia T-473 de 2003, MP Jaime Araújo (Corte Constitucional de Colombia, 2003A)	36
9. Participación ciudadana como superación del ejercicio electoral. Sentencia C-127 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra (Corte Constitucional de Colombia, 2004 A)	37
10. Participación ciudadana como herramienta necesaria y vital para la democracia. Sentencia C-224 de 2004, MP Rodrigo Escobar (Corte Constitucional de Colombia, 2004C).....	37
11. La doble condición de la participación ciudadana: expresión democrática del Estado y extensión del libre desarrollo de la personalidad. Sentencia T-983 A de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional de Colombia, 2004D).....	38

12. Participación ciudadana como máxima expresión democrática. Sentencia C-230 A de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional de Colombia, 2008).....	38
13. A manera de conclusión.....	39

CAPÍTULO II: EL COMPLEJO CAMINO POLÍTICO Y JURÍDICO RECORRIDO HASTA LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1991 41

Sección Primera. Contextualización 43

1. Los estudiantes y la Séptima Papeleta	47
2. Sentencia del 24 de mayo de 1990.....	50
3. Sentencia del 9 de octubre de 1990.....	55
4. A manera de conclusión.....	60

Sección Segunda. De la participación de la Fuerza Pública en el Proceso Constituyente Colombiano 61

1. Una Constitución para la paz	61
2. La Fuerza Pública en el esquema de la paz y su función constitucional.....	63
3. La Fuerza Pública en la perspectiva constituyente: antecedentes y situación ..	65
3.1 La Fuerza Pública y las agresiones a la población civil.	67
3.2 La Fuerza Pública y el Estado de Sitio	69
3.3 La Fuerza Pública y el Fuero Militar.....	71
4. La Fuerza Pública de la nueva Constitución: proceso constituyente, reformas, la comisión tercera y el estatuto final	72
5. Otras propuestas presentadas sobre Fuerza Pública	75
6. Debate y votación de la ponencia sobre la Fuerza Pública en la Comisión Tercera.....	79

7. El proyecto definitivo de reforma de la Constitución sobre la Fuerza Pública por la Comisión Tercera	83
8. El proyecto de reforma en la Plenaria	85
9. A manera de conclusión.....	93
Sección Tercera. El Reordenamiento de la Administración Territorial: Propuesta de la Federación Colombiana de Municipios para la Asamblea Nacional Constituyente	95
1. La Federación Colombiana de Municipios	96
2. La propuesta de la Federación Colombiana de Municipios ante la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991	97
3. La Comisión II Permanente de la Asamblea Nacional Constituyente	103
4. Primer debate en la Plenaria.....	108
5. Votación primera vuelta	109
6. Segundo debate y votación.....	113
7. A manera de conclusión.....	116
Sección Cuarta. Medios de Comunicación, Periodistas y Asamblea Nacional Constituyente	117
1. Los Medios de Comunicación	118
2. Propuesta de la Asociación Colombiana de Periodistas	120
3. Propuesta de El Colegio Altos Estudios Quirama	122
4. Seguimiento de las propuestas	123
5. A manera de conclusión.....	131

CAPÍTULO III: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA	133
Sección Primera. Los principios rectores del Estado constitucional.....	134
1. Estado social de derecho	134
2. Estado unitario	136
2.1 Descentralización administrativa.....	136
2.2 Desconcentración administrativa	137
2.3 Delegación	138
3. Soberanía popular.....	138
4. Democracia participativa	139
5. Democracia constitucional	139
6. Supremacía de la Constitución	141
7. Pluralismo étnico y cultural.....	143
8. Inclusión del Bloque de Constitucionalidad	144
9. Amplia carta de derechos.....	144
Sección Segunda. La transformación del orden jurídico a partir de la Constitución de 1991	145
1. El valor normativo de la Constitución	145
2. El derecho deja de aplicarse exclusivamente a través del silogismo	147
3. Derecho y justicia.....	148
4. El liderazgo judicial	150
5. Control constitucional.....	152
6. Jurisprudencia como fuente formal del derecho.....	153

Sección Tercera. La transformación del orden social a partir de la Constitución de 1991	154
1. La constitucionalidad de la diversidad sexual	154
1.1 Reconocimiento de la unión marital de hecho en parejas del mismo sexo. Sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)	156
1.2 Acceso de la población transgénero al sistema integral de salud. Sentencia T 552 de 2013. MP María Victoria Calle. (Corte Constitucional de Colombia, 2013).....	157
1.4 Síntesis de la línea jurisprudencial sobre el reconocimiento que tienen la población LGBTI a reclamar pensión de sobrevivientes. Sentencia T-151 de 2014. MP Mauricio González Cuervo. (Corte Constitucional de Colombia, 2014).....	158
1.5 Respeto por la identidad sexual en la Fuerza Pública. Sentencia T-099 de 2015. MP Gloria Ortiz Delgado. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).....	159
1.6 Aprobación del matrimonio civil en parejas del mismo sexo. Sentencia SU-214 de 2016. MP Alberto Rojas Ríos. (Corte Constitucional de Colombia, 2016).....	159
2. La constitucionalización del mundo escolar	161
2.1 Sujeción de las instituciones privadas del sector educativo al principio constitucional de inclusión. Sentencia C-590 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. (Corte Constitucional de Colombia, 1997)	162
2.2 Tensión entre autonomía institucional y libre desarrollo de la personalidad. Sentencia T-656 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. (Corte Constitucional de Colombia, 1998)	163
2.3 Tensión entre autonomía universitaria y respeto por la libertad religiosa. Sentencia T-044 de 2008. MP Manuel José Cepeda Espinosa. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)	164
2.4 Coincidencia entre el principio de transparencia pública y la libertad de cultos. Sentencia T-493 de 2010. MP Jorge Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)	165
3. Constitucionalización de la consulta previa en favor de comunidades indígenas	165
3.1 Diversidad étnica y cultural como principio rector del Estado social de Derecho. Sentencia C-063 de 2010. MP Humberto Sierra Porto. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)	166

3.2 Consulta previa como principal expresión de una sociedad democrática. Sentencia T-300 de 2013. MP Luis Guillermo Guerrero. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)	167
3.3 Justificación axiológica de la exigencia a de la consulta previa. Sentencia T-795 de 2013. MP Gabriel Mendoza Martelo. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)	168
3.4 Condiciones esenciales para que se exija la consulta previa en atención a la minoría étnica. Sentencia T 550 de 2015. MP Miryam Ávila Roldán. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)	168
CONCLUSIONES.....	169
REFERENCIAS	176

INTRODUCCIÓN

Existen dos caminos para hablar de una *Constitución democrática*¹: el primero es aquel en el que el texto constitucional explicita la consagración de un régimen democrático; (Artículos 1, 2, 3, 7, 40 103, 105 superiores). En esta dirección, podríamos decir que un altísimo número de Constituciones son democráticas (Italia², Alemania³, Portugal⁴, Francia⁵, Estados Unidos⁶, México⁷, Cuba⁸, Brasil⁹, Chile¹⁰, Paraguay¹¹, Ecuador¹², Perú¹³ y Venezuela¹⁴. Un segundo camino es aquel en el que el texto constitucional se redacta de manera democrática; a muchas manos; deliberante; incluyente; disperso y plural. Con espacio para que partidos políticos alternos y organizaciones ciudadanas tengan lugar en el proceso de redacción. Bajo esta premisa, contaríamos muy pocas Constituciones democráticas. La Constitución Política de Colombia de 1991 es una notable excepción¹⁵.

¹ Carlos Sánchez Viamonte. *El Constitucionalismo (Sus problemas)*. Buenos Aires: Fondo editorial bibliográfica argentina, 1957, p. 21.

² Artículo 1 de la Constitución, señala que Italia es una República democrática.

³ Artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn – Alemania, reconoce a la República Federal de Alemania como un Estado democrático y social.

⁴ Artículo 2 de la Constitución, describe al Estado portugués como un Estado de derecho democrático. Basado en la soberanía popular el pluralismo.

⁵ Artículo 1 de la Constitución, reconoce que Francia es una República indivisible, laica, democrática y social.

⁶ Artículo 4, Sección 3 de la Constitución, instala para cada Estado de la Unión un régimen democrático y republicano.

⁷ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, indica que le corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional y su régimen democrático.

⁸ Artículo 1 de la Constitución de la República de Cuba. Reconoce a Cuba como una República unitaria y democrática.

⁹ Artículo 1 de la Constitución de la República Federal de Brasil reconoce que su Estado se erige como Democrático de derecho.

¹⁰ Artículo 4 de la Constitución, define a la sociedad chilena como una república democrática.

¹¹ Artículo 1 de la Constitución de Paraguay. Reconoce la República paraguaya que adopta para su gobierno una democracia representativa, participativa y pluralista.

¹² Artículo 1 de la Constitución, reconoce al Estado como constitucional de derechos y justicia, social, democrático, independiente y soberano.

¹³ Artículo 3 de la Constitución de Perú. Reconoce la consideración del Estado democrático de derecho y la forma de gobierno republicana.

¹⁴ Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce que Venezuela es un Estado democrático y social de derecho.

¹⁵ La Constitución de 1991 de Colombia contiene un salto significativo por cuanto representa una práctica nunca antes vista. Históricamente las Constituciones fueron redactadas en una guarnición militar o en un claustro monacal. Redactadas a puerta cerrada. La Constitución de 1991 adoptó una práctica singular. Por un lado fue redactada a muchas manos. Fueron en total 72 delegatarios escogidos popularmente con el objeto de redactarla. Por otro lado se le permitió a la ciudadanía, políticamente activa, intervenir con proyectos de artículos, enunciados o texto general que fueron llevados a la Sede de la Asamblea para discutirse y valorarse.

Al menos en el papel, pues se presenta a sí misma como la Constitución que *redactó el pueblo mismo, a través de sus 72 delegatarios*¹⁶, a quienes se les confió la magna tarea de reestructurar, mediante una Constitución, el orden y el rumbo que se había dilatado por el paso del tiempo y el peso de los carteles, las mafias y la falta de credibilidad en las instituciones públicas¹⁷. Una Constitución democrática porque durante los cinco meses de sesión de la Asamblea Nacional Constituyente, fueron millares de propuestas las que tocaron a su puerta. Propuestas en todos los formatos, ideales, colores, tipos y sentidos¹⁸.

Cinco meses contados entre el 4 de febrero y el 4 de julio, en los que delegatarios y ciudadanos intervinieron de manera decisiva en la redacción de un nuevo texto constitucional. La voluntad popular y constituyente, coincidió de manera definitiva en un esfuerzo histórico por rehacer al Estado y sus instituciones. Tal coincidencia tuvo lugar tanto en la entrega de pequeños proyectos de articulado como con proyectos enteros de Constitución. Tanto desde la esfera del alto Gobierno hasta la más elemental propuesta cívica. Propuestas que llegaron desde todos los rincones del País. Propuestas que iban de un simple artículo redactado a mano en una servilleta hasta centenas de folios en los que se proponía una Constitución en su totalidad. Entre un inciso, un artículo y un texto completo caben las múltiples posibilidades de navegación sobre las que se movían los 72 delegatarios.

Cinco meses y más, acumulando papel, casi hacen colapsar los espacios reservados para su recepción y redigitación, de una Comisión que ordenaba las propuestas para llevar a la Asamblea. Los miembros de esta Comisión trabajaron a tope, de manera ininterrumpida, durante el proceso de discusión, cabildeo y redacción del articulado

Manuel Fernando Quinche Ramírez. *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 2da edición. Bogotá: Ibáñez, 2008, p. 33.

¹⁶ Hernán Alejandro Olano García. *Constitucionalismo histórico: historia de Colombia a partir de sus Constituciones y reformas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, p. 315.

¹⁷ Gustavo Duncan. *De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Debate, 2015, p. 96.

¹⁸ Jacobo Pérez Escobar. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis, 2004, 7ma edición, p. 208.

definitivo¹⁹. Sabían que cada propuesta, por más simple que fuera, recogía la ilusión de un asociado que merecía ser tenida en cuenta.

El *proyecto de investigación*²⁰ del cual se nutre de manera directa esta tesis, se propuso analizar todas las propuestas que hubo sobre alimentación, familia, actividad judicial, estructura legislativa, participación democrática, principios constitucionales, bloque de constitucionalidad, fuerza pública, régimen municipal y medios de comunicación que fueron llevadas ante la Asamblea Nacional Constituyente. En el desarrollo de tal investigación se pudo concluir que hubo múltiples proyectos de versión definitiva de Constitución. Todas las que enviaron los asociados que suman más de 700 proyectos completos de Constitución a plenitud y millares de rollos que hoy se encuentran recogidos de manera digital en sendas salas del Archivo Nacional y de la Biblioteca Luis Ángel Arango²¹.

Sumado a esto se pudo advertir que, en su mayoría, cada delegatario²², representante de un grupo o de un color político determinado había llevado a la Asamblea su propuesta de Constitución. Y además hubo un proyecto de Constitución que llevó el

¹⁹ Luis Carlos SÁCHICA. & Jaime Vidal Perdomo. *La Constituyente de 1991: compilación, comentarios y análisis jurídico de sus antecedentes*. Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá, 1991, p, 21.

²⁰ Proyecto titulado: La participación ciudadana en el proceso constituyente. Fue financiado por Colciencias y desarrollado por el grupo de investigación en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. En este proyecto el autor tuvo posibilidad de participar en calidad investigador estudiante doctoral, de donde se nutrió a cabalidad la documentación y la reflexión necesarias para la elaboración de este trabajo.

Mauricio Bocanument, Olga Restrepo & Milton Rojas (Coordinadores académicos) *Participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991*. Medellín: Fondo editorial Unremington; Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2015.

²¹ “Antes de ser convocada la Asamblea Constituyente, el Gobierno nacional reunió unas Mesas Preparatorias de Trabajo por todo el país; fueron 1580, de las cuales salieron más de 40.000 propuestas de las más distintas fuerzas sociales y políticas de las regiones, las que se procesaron para el momento en el cual se reuniera la Asamblea.” Hernán Alejandro Olano García. *Constitucionalismo histórico...* Op Cit., p, 317.

²² Con muchos de ellos tuvimos la ocasión de entrevistarnos de manera personal. De manera informal y muy generosa nos compartieron sus recuerdos y pulsos de lo que recuerdan y conservan como una experiencia extraordinaria al tomar parte activa y protagónica en el proceso constituyente. Recordaron las batallas que libraron, los aciertos y las deudas que quedaron pendientes. Algunos de ellos son: Jaime Fajardo Landaeta, Juan Gómez Martínez, Antonio Navarro Wolf, Lorenzo Muelas, Helena Herrán, Eduardo Verano, Juan Carlos Esguerra, Gustavo Zafra, Hernando Yepes, Mariano Ospina Hernández, Iván Marulanda y Horacio Serpa Uribe. Estas memorias están recogidas en un libro que se publicó en el marco de la investigación titulado: *Voces de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Cuya coordinación y edición académica estuvo a cargo de los profesores Olga Restrepo, Mauricio Bocanument y Milton Rojas. (2015) Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Gobierno y que en cabeza de su Ministro Humberto de la Calle, supo gestionar, promover y trazar como versión definitiva en un sentido altamente considerable²³.

Así las cosas, el proyecto democrático de Constitución empezó a desdibujarse. En muchas ocasiones los delegatarios, con quienes tuvimos la ocasión de discutir sobre el proceso constituyente, sus recuerdos y sus logros, fueron enfáticos en señalar que el proceso de redacción de la Constitución de 1991 sí marcó un punto de quiebre con respecto a nuestra historia constitucional pero se hizo de una manera incipiente. Esta historia está recogida en 16 Constituciones de carácter nacional. Las primeras 15, acaecidas entre la Constitución de Cundinamarca de 1811 y la de 1886. Todas ellas enmarcadas por una constante: son Constituciones circunscritas a una guerra civil bipartidista, nacionalista, federalista, republicana, de cuartel y esquivas al poder popular²⁴. Son Constituciones redactadas a puerta cerrada. Excluyentes y nada participativas. Ajustadas a unos fines partidistas y con idea sospechosa frente a la democracia. Son Constituciones que entendían el poder público adscrito a la Nación y no al pueblo. Limitantes de la participación ciudadana y condicionadas a la relación de poder del grupo político vencedor de la guerra civil de turno²⁵.

La Constitución de 1991, desde este punto de vista es claramente diferente. Hay tres momentos democráticos que resultan decisivos en su proceso de configuración: (i) la iniciativa de convocatoria tuvo origen en los estudiantes universitarios que recogieron el

²³ En conversaciones sostenidas con muchos constituyentes se reconoció el liderazgo intelectual del jurista José Manuel Cepeda, asesor jurídico de la Presidencia para esa época, el cual fungió de arquitecto y gestor de los principales rasgos estructurales e institucionales propuestos en el proyecto de Constitución que se lideraba desde el Gobierno. Y que a la postre terminaría por convertirse en el proyecto de mayor acogida y consenso.

²⁴ Hernando Valencia Villa. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Cerec, 1997, p. 127.

²⁵ En el año 1957 con el objeto de ponerle punto final a la gran crisis generada con el magnicidio de Jorge Eliécer Gaitán (ocurrido el 9 de abril de 1948) y el consecuente poder en manos de la junta militar se convocó al pueblo para que refrendara un proyecto de reforma constitucional. Uno de los ítems aprobados en dicha consulta señalaba que solo el Congreso, quedaba revestido, mediante Acto Legislativo, del poder de reforma constitucional. Sin embargo, de manera espontánea y entusiasta, un grupo de jóvenes universitarios en la ciudad de Bogotá, hacia finales de los años ochenta, empezaron a movilizarse y a liderar la aprobación popular de necesidad de reforma, al margen del único órgano legitimado para reformar la Constitución. Estos jóvenes y sus profesores de derecho público se tomaron las calles, las plazas públicas, los medios de comunicación y lograron el consentimiento tácito de instalar en las urnas, de las elecciones del 11 de marzo de 1990, una papeleta no oficial en la que más de un millón de personas Votaron por Colombia y dijeron SÍ a una Asamblea Constituyente.

Óscar Alarcón. *La cara oculta de la Constitución del 91*. Bogotá: Planeta, p, 2011.

sentir ciudadano de la necesidad de reforma constitucional²⁶. Lo cual estaba atado, según se había contenido en el Plebiscito de 1957, en el que solo el Congreso tenía la iniciativa y la competencia de reforma constitucional mediante un Acto Legislativo. Estos jóvenes recogieron el eco de muchos intelectuales, periodistas, analistas y empresarios. Se tomaron las calles y la institucionalidad pues lograron que en las elecciones legislativas y administrativas de marzo de 1990 se incluyera una Séptima Papeleta como sondeo no vinculante sobre el sentir popular de la conveniencia o no de reformar la Constitución; (ii) la respuesta ciudadana frente a la Séptima Papeleta fue masiva, inesperada, inusual y categórica²⁷. Más de dos millones de ciudadanos acudieron a la cita y marcaron un SÍ por la reforma a una Constitución que recogía de una manera distante, ajena, inútil e insuficiente las exigencias de un fin de siglo voraz y; (iii) la convocatoria popular de los delegatarios y su número. Fueron 70 delegatarios elegidos popularmente y 2 designados por el Presidente César Gaviria²⁸. 70 delegatarios entre los que cabe destacar los militantes de la Alianza Democrática M-19 (Brazo político del desmovilizado grupo insurgente M-19); miembros activos de la Unión Patriótica, del Movimiento Político Esperanza, Paz y Libertad (Anterior Ejército Popular de Liberación); políticos tradicionales, líderes indígenas, líderes espirituales de Iglesias Protestantes y exponentes de grupos afrodescendientes. No puede pasarse por alto que la Asamblea tuvo una presidencia tripartita en cabeza de Álvaro Gómez Hurtado²⁹, Horacio Serpa Uribe³⁰ y Antonio Navarro Wolf³¹.

Todo este marco ha sentado un hito en nuestra historia constitucional: la Constitución de 1991 fraccionó el proceso de confección constitucional tradicional, dado que en esta ocasión la participación ciudadana tuvo un papel protagónico que atraviesa su iniciativa y se prolonga hasta su redacción y su promulgación. La Constitución del pueblo y de

²⁶ *Ibíd.*, p, 19.

²⁷ *Ibíd.*, p, 26.

²⁸ *Ibíd.*, p, 32.

²⁹ Abogado, periodista y líder político bogotano. Hijo de Laureano Gómez y férreo exponente de la derecha ilustrada. Congresista, ministro, embajador y candidato presidencial por el Movimiento Unitario de Salvación Nacional. Su muerte, ocurrida el 2 de noviembre de 1995, ha dado lugar a múltiples acusaciones al gobierno de Samper.

³⁰ Abogado y líder político santandereano. Legislador activo por el partido Liberal. Ha desempeñado destacados cargos públicos a nivel regional y nacional.

³¹ Ingeniero y líder político pastuso. Legislador activo por la Alianza Verde. Su lugar en la presidencia de la Asamblea tuvo ocasión por su pasado como militante del grupo insurgente M-19. Ha sido alcalde de Pasto, gobernador de Nariño y Congresista.

mayores ambiciones participativas, plurales, incluyentes e integradores que se había conocido jamás en nuestro espectro constitucional cerrado, partidista, de confesionario o guarnición militar. Hay razones entonces suficientes para creer que hubo un cambio sustancial en la forma de concebir la Constitución.

Así sintetiza Manuel José Cepeda el trámite de confección normativa del proceso constituyente:

La Constituyente, en primer debate, se caracterizó por la diversidad de propuestas no solo discutidas sino sometidas a votación. Estas podían tener origen, según el tema, en la comisión permanente correspondiente, en una comisión accidental o por iniciativa de uno o varios constituyentes, quienes tenían la posibilidad de presentar sus propuestas como artículos nuevos, aditivos o sustitutivos. Para lograr la aprobación de una norma se requerían 37 votos a favor, como mínimo. En este contexto se distingue entre “no aprobar” y “negar” una disposición. En efecto, cuando una propuesta no lograba el mínimo de votos requeridos para ser aprobada y, adicionalmente, la suma de sus votos negativos no totaliza 37, se considera que la disposición no ha sido aprobada; pero, si los votos en contra suman 37 o más, se estima que ha sido negada.³²

Un cambio hacia la apertura y la participación. Un cambio hacia la democracia y el reconocimiento de la actuación ciudadana en cada uno de sus frentes sociales, políticos, económicos y culturales más sensibles.³³ Un cambio porque la Constitución no solo se escribió a muchas manos sino que se permitió que agencias ciudadanas o individuos particulares entregaran su propuesta constitucional para ser sometida a debate por los delegatarios en las respectivas Comisiones y Plenarias. Este trabajo en particular se propone revisar con detalle el curso de tres propuestas que se hicieron sobre la Fuerza Pública, la organización territorial municipal y el ejercicio periodístico; y mostrar de esta manera cómo se estructuró la propuesta que fue llevada ante la Comisión respectiva y cuáles fueron los argumentos y los movimientos políticos y técnicos que se dieron frente a la propuesta para llegar a la versión definitiva que se incorporó en el texto vigente. Un camino de sombras y de luces. Un camino que recoge aspectos decisivos de cada propuesta, al parecer más por coincidencia con la versión

³² Manuel José Cepeda. *La Constitución que no fue y el significado de los silencios constitucionales*. Bogotá: Uniandes – Áncora editores, Bogotá, 1994, p. 35 -36.

³³ “Un grupo de setenta miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, los cuales tuvieron la inmensa responsabilidad de transformar nuestras instituciones, y en la cual se encontraban desde ex Presidentes de la República y exministros, hasta guerrilleros desmovilizados, indígenas y pastores de diferentes religiones.”
Hernán Alejandro Olano García. *Constitucionalismo histórico...* Op Cit., p. 320.

del proyecto dominante de Constitución que por atención y reconocimiento a la propuesta ciudadana.

Seguidamente se propone explicar dos grandes dilemas del constitucionalismo colombiano. Un primer dilema versa sobre la naturaleza democrática de la redacción de la Constitución en tanto fractura o no de una tradición en la que la Constitución se hacía a puerta cerrada y a manos de una élite. Alejada del pueblo y de sus intereses y sus demandas. La Constitución de 1991 es recordada como una Constitución democrática tanto en su origen como en su contenido. En su origen porque, por primera vez, en la historia, se redactaba por fuera de los linderos típicos trazados por los dos partidos políticos tradicionales: el Liberal y el Conservador. En su contenido porque se instala en el Pueblo la calidad de titular en el que reposa de manera exclusiva la soberanía. Un segundo dilema versa sobre la incidencia de la Constitución, por sí misma y su defensa, en la construcción de una sociedad democrática. Es decir, se explicará de qué manera la confección de una *sociedad constitucionalizada*³⁴ posibilita o no un tipo de relaciones más plurales y horizontales. Para ello se tomarán como referencia tres procesos de constitucionalización ocurridos en el interior de la sociedad frente a la aceptación de derechos para la población LGBTI, el sistema escolar y la protección de grupos étnicos mediante consulta previa en espacio de explotación minera.

A partir de la indagación por estos procesos de transformación que han tenido ocasión desde el vientre mismo de nuestra Constitución y su puesta en práctica en sociedad, será posible demostrar de qué manera la participación ciudadana es una institución jurídica y política decisiva para comprender nuestro proceso constituyente y constitucional en escenarios democráticos. A partir de este objetivo general resulta necesario ahondar y delimitar conceptos esenciales y delimitaciones teóricas y fácticas que se nos ofrecen como objetivos específicos. A saber: (i) definir qué es y qué derechos integra la participación ciudadana; (ii) explicar la participación ciudadana tanto

³⁴ Por este término ha de entenderse que existe una relación de conexidad entre las demandas sociales y los preceptos constitucionales. La sociedad: instituciones, agentes públicos y ciudadanos actúan de conformidad con los preceptos básicos esenciales contenido en la forma y en la esencia de la Constitución.

Julieta Lemaitre Ripoll. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2009, p, 73.

en la convocatoria como en el desarrollo de la Asamblea Constituyente; (iii) demostrar de qué manera se construyen los presupuestos históricos, jurisprudenciales y fácticos de la democratización de la sociedad constitucional. El desarrollo de estos objetivos se agotará teniendo en cuenta una perspectiva histórica, analítica y explicativa tanto de la teoría política, de la democracia como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en temas atinentes a la participación ciudadana, la democracia, la historia constitucional colombiana y a la teoría del poder constituyente.

A pocos días de celebrar los veinticinco años de promulgación de la Constitución, resulta necesario y oportuno revisar sus principios fundacionales y mirar, bajo una lente crítica y analítica, los fenómenos políticos suscitados a partir de la vocación democrática y plural que la caracteriza y la define. Tema de relevancia por cuanto existe una voz con enorme resonancia ciudadana que respalda la necesidad de convocar a Asamblea Constituyente, pues los temas atinentes al fin del conflicto, la participación ciudadana, el bloque de constitucionalidad, la justicia, la impunidad, la paz y la sucesión presidencial están al orden del día y requieren revisión y mayor legitimidad.

El enfoque de este trabajo de investigación es cualitativo–documental. Se asienta en revisión y descripción de actas y gacetas, entrevistas y lectura doctrinal. Este enfoque puede notarse con mayor claridad en los dos primeros capítulos, en los que se hace una referencia teórica al concepto de participación ciudadana y se describe el funcionamiento del pueblo colombiano representado y contenido durante el ejercicio de funciones de la Asamblea Constituyente. El tercer capítulo, por la naturaleza misma de este trabajo, tiene un enfoque analítico-crítico. Pues en él se trazan las pautas de reflexión jurisprudenciales y fácticas a través de las cuales resulta posible hablar de sociedad constitucionalizada y democrática. Toda la recolección, almacenamiento y descripción de las Gacetas constitucionales, bibliografía teórica y rollos disponibles hacen que este trabajo se instale dentro del tipo documental-analítico. Debido al rumbo autónomo que tomó el proceso constituyente debido a los consensos suscitados alrededor del borrador ofrecido por el Gobierno, muchas propuestas ciudadanas quedaron no registradas o indebidamente sistematizadas. Muchas Gacetas quedaron

inconclusas y muchos proyectos aprobados en los debates de las Plenarias se extraviaron y no alcanzaron a integrar la versión definitiva. Esto implicó un esfuerzo doble por ordenar la bibliografía disponible que diera asiento académico a lo descrito en los intereses y esfuerzos de este trabajo.

Para lograr los objetivos propuestos el presente trabajo se compone de tres capítulos. El Capítulo 1, titulado *Sobre el concepto de participación ciudadana*, se propone ofrecer un marco teórico sobre lo que significa y estructura la participación ciudadana. Esta línea descriptiva es un desarrollo metodológico y analítico de Norberto Bobbio³⁵. En ella se explica la participación ciudadana a través de la libertad. Libertad significada para los antiguos y para los modernos como trazaría Constant. Libertad como participación en los asuntos públicos (Antiguos) y libertad como no intromisión de lo público en la vida íntima del individuo (Modernos); para llegar a concluir que hoy es posible hablar de participación ciudadana como un equilibrio entre el respeto por la decisión individual de tomar parte o no en los asuntos públicos y la responsabilidad estatal de promover, permitir y estimular a quienes decidan dar el paso del yo hacia el nosotros. A partir del marco teórico recogido por Bobbio en el que derechos individuales constitucionalizados son ese punto de equilibrio entre la tradición antigua y moderna, será necesario adentrarnos en la comprensión, en la descripción y en el alcance que ha habido por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, unas veces por vía de tutela y otras por vía de acción de inconstitucionalidad, sobre el núcleo esencial de una serie de derechos que contienen una referencia a tanto a la esfera individual y más íntima de cada sujeto, como la esfera de derechos donde lo público y lo político se toca de una manera directa y necesaria.

El capítulo 2, titulado *El complejo camino político y jurídico recorrido hasta la convocatoria a la Asamblea Nacional y el proceso constituyente de 1991*, se propone recrear la temible década del ochenta con el encarnizado actuar de los carteles del narcotráfico contra la institucionalidad y sus agentes. Para ello se registró el mayor número de homicidios y de atentados contra miembros de la Fuerza Pública, el

³⁵ Norberto Bobbio. *Liberalismo y Democracia*. México: FCE, 1996, p, 27.

gabinete, gobernantes, jueces, fiscales y líderes públicos que se atrevieron a levantar su voz en contra de la impunidad y el miedo y fueron silenciados mediante el uso de la fuerza. Este prontuario mostró con claridad que el Congreso estaba atado de pies y de manos para liderar las reformas requeridas por el establecimiento y por la sociedad. Fue allí donde surgió de manera espontánea y necesaria el movimiento estudiantil que llevó a las urnas la Séptima papeleta, luego condicionó la actuación del recién posesionado Presidente César Gaviria Trujillo y dio lugar para que la Corte Suprema de Justicia accediera a declarar legítimo y legal el reclamo ciudadano de reformar la Constitución de 1886. En realidad lo que hacía la Corte Suprema de Justicia, hasta la fecha, era asegurar lo pactado en 1957 donde se señaló que solo mediante un Acto Legislativo podría reformarse la Constitución.

Pero dado que el Congreso no podía hacerlo y la reforma era vital se accedió a aceptar la fórmula de que tras las marchas estudiantiles y el respaldo en las urnas lo que se pronunciaba no era un simple murmullo popular pasajero sino el poder constituyente primario, institución política y jurídica con poderes fundacionales exentos de control judicial capaces de permitir la redacción de una nueva Constitución. Las tres últimas Secciones se ocupan de desarrollar las propuestas y las convenciones realizadas en el marco de lo contenido sobre Fuerza Pública, Régimen municipal y Medios de comunicación respectivamente. Ahí se contiene el aspecto capital de este trabajo con respecto al escenario constituyente, a través del cual se exponen los medios de comprensión e intervención sobre la idea de construcción democrática constitucional y las frustraciones suscitadas en su desarrollo y en su consolidación.

El capítulo 3, titulado *La construcción de una sociedad constitucional democrática* se ocupa de desarrollar de manera descriptiva y analítica los elementos estructurales de la democracia contenida en la Constitución; posteriormente se ocupa de explicar cuáles son los aspectos determinantes de la democracia a partir de la jurisprudencia; y para terminar nos propondremos retomar la ruta que han tomado tres grandes escenarios sociales a través de los cuales han logrado reivindicar sus derechos básicos a través de las premisas contenidas en la Constitución; y que han servido para recrear y aceptar el proceso de transformación ciudadana en la medida en que se apropian de los principios

democráticos constitucionales. Para ello nos valdremos de tres exigencias fácticas aseguradas mediante el reclamo de la intervención y la protección constitucional. Abordaremos el proceso de reivindicación de derechos de la población LGBTI; la horizontalización del mundo escolar a partir de la condicionalidad de las instituciones educativas a las premisas constitucionales y terminaremos mostrando la protección constitucional pluriétnica de grupos minoritarios en zonas de gran extracción minera.

La recolección de la información significó un esfuerzo mayor, más delicado y dispendioso que la misma escritura del presente trabajo. Es por eso que no quisiera pasar por alto la oportunidad de agradecer y reconocer al trabajo arduo y honesto de mis auxiliares de investigación. Ellos son Liliana García Calle, Carolina Moreno Quirós, Vanessa Vaco Vargas y Pedro Jurado Castaño. Cada uno de ellos dispuso no solo de su mejor tiempo y disposición sino que ayudó a ubicar palabras y frases decisivas para lo que significó el proyecto macro de investigación y las líneas generales y particulares de este trabajo. A mis compañeros y colegas del proyecto de investigación Olga Restrepo, Mauricio Bocanument, Milton Rojas, Ociel Castaño, Mabel Londoño, Carlos Flórez y Sergio Estrada por propiciar el ambiente académico necesario para desarrollar este proyecto y este trabajo. Al profesor Carlos Mario Molina Betancur, director de este trabajo. Su paciencia, comprensión y lineamientos fueron decisivos para trasladar las buenas ideas derivadas del proyecto en un trabajo académico propio del nivel de Doctorado. A mi familia, que ha aceptado con amor todos mis errores. Y a la Universidad de Medellín, representada por su señor Rector Néstor Hincapié Vargas y a quien en su momento regía como decano de la Facultad de Derecho, el doctor Juan Carlos Vásquez Rivera, quienes con la concesión de la beca que me otorgaron para hacer el doctorado, me brindaron las condiciones materiales y emocionales que se requieren para empezar y culminar esta enorme empresa, que para uno como autor significa todo un proyecto de vida, pero que en el mundo del conocimiento sobre teoría constitucional, no logran ser sino un diminuto impulso.

CAPÍTULO I

SOBRE EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Este capítulo ofrece una explicación dogmática del significado y del alcance del concepto *Participación ciudadana*, que servirá como presupuesto conceptual sobre el cual se ha de desarrollar toda la asistencia de agentes públicos y privados ante la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia en el año 1991. Para ello se ha seguido la propuesta metodológica ofrecida por Norberto Bobbio, en la cual se explica de qué manera la participación ciudadana se reviste de una esfera pública y de una esfera privada. Esta participación supone, en sí misma, la actuación en el foro público o frente a un agente público, sin pasar por alto que los asociados son sujetos individualizados que reclaman una serie de libertades muy propia, así actúen colectivamente. Es por eso que la fusión entre lo público y lo privado tendrá como referencia la noción de libertad, comparada entre antiguos y modernos, que ofrece Benjamin Constant³⁶. Para este importante pensador francés el ideario político de los antiguos tiene una clara diferencia con la exigencia moderna a partir de la comprensión del sentido y del alcance sociopolítico de la *libertad*³⁷. Afirma Constant que la libertad para los antiguos se traza en términos de participación política pública. La libertad se expresa en la intervención de los asociados en la Polis. Es una construcción colectiva que tiene su nicho en el foro público. Afirmaba Aristóteles que *“la vida es en sí misma una vida pública y política.”*³⁸ Adscrita a las premisas de intervención en los asuntos públicos, en el poder político, en la construcción de la vida buena para todos los ciudadanos y en la conquista de la virtud, en tanto ética cívica, de la que todos los ciudadanos toman parte en condiciones de igualdad:

La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad, que tiene ya, por así decirlo, el nivel más alto de autosuficiencia, que nació a causa de las necesidades de la vida,

³⁶ Benjamin Constant. *Principios de política*. Madrid: Aguilar, 1970, p. xxxiv – xxxv.

³⁷ Esta construcción de la libertad dada a partir de la comparación entre antiguos y modernos; entre libertades negativas y libertades positivas, ha sido esencial para entender el papel del individuo y del Estado en el mundo moderno y contemporáneo. Cuáles son los límites del poder público y cuáles son las posibilidades de acción de los individuos en escenarios democráticos.

Isaiah Berlin. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 2004.

³⁸ Aristóteles. *Política*, Madrid: Gredos: 2008, p, 46.

pero subsiste para el vivir bien. De aquí que toda ciudad es por naturaleza, si también lo son las comunidades primeras. La ciudad es el fin de aquéllas, y la naturaleza es fin (...) De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre (...) La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra (...) La palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad³⁹.

Por el contrario, la libertad de los modernos se inscribe en la protección de la esfera individual. Los derechos individuales pasan a ser descritos como pre-estatales y por fuera del alcance restrictivo del Estado. Son un límite estatal. El individuo goza de la facultad para decidir qué es lo bueno; qué hacer y cómo hacerlo. La libertad moderna es una libertad individual que exige del Estado y de terceros un respeto por las decisiones que toma cada sujeto en términos de libertad individual, libertad religiosa, libertad de culto, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad. Norberto Bobbio sintetiza la clasificación de Constant en los siguientes términos:

Como consecuencia del célebre ensayo de Benjamin Constant sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, se ha hecho corresponder a la diferencia entre las dos libertades una distinción histórica, según la cual la libertad negativa sería libertad de los modernos y la libertad positiva aquella de los antiguos. Como es sabido, Constant distingue dos formas de libertad, la libertad del disfrute privado de algunos bienes fundamentales para la seguridad de la vida y para el desarrollo de la personalidad humana, como son las libertades personales, la libertad de opinión, de iniciativa económica, de movimiento, de reunión y otras semejantes, y la libertad de participar en el poder político. De estas dos libertades, la primera corresponde a la definición correcta de libertad negativa, la segunda corresponde a la definición también corriente de libertad positiva; está claro además que mientras la primera es un bien para el individuo y hunde sus raíces en una concepción utilitarista de la sociedad, la segunda es un bien para el miembro de una colectividad, desde el momento en que esta colectividad, de cuya totalidad el individuo singular forma parte, ha de tomar decisiones que atañen a la sociedad en su conjunto y en sus partes. Lo que Constant añade a estas dos determinaciones de la libertad es la asignación de la primera a los Estados modernos y de la segunda a los Estados, o mejor, a las ciudades antiguas⁴⁰.

³⁹ *Ibíd.*, p, 49-51.

⁴⁰ Norberto Bobbio. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 2000, p, 114-115.

La definición de participación ciudadana va a tener como referencia la descripción de Constant entre lo público y lo privado. La participación ciudadana entendida como expresión a través de la cual un conglomerado social toma parte en asuntos que son de su incumbencia, requiere necesariamente una combinación de la esfera pública y de la esfera privada. Si decimos participación ciudadana necesariamente nos ubicamos en una esfera pública. La ciudadanía visibiliza una demanda, reclama una acción gubernamental o dinamiza la agenda pública. El destinatario de la participación ciudadana es un agente estatal o una institución que goza de facultades efectivas, jurídicas o políticas, de atender la solicitud que hace la colectividad. Pero es importante resaltar que debe asegurarse una serie de atributos individuales que están insertos en la esfera pública, así sea una colectividad que se presente ante los agentes estatales para dar cuenta de alguna demanda o hacer una exigencia específica. La colectividad se nutre de agentes individualizados que tienen intereses específicos muy definidos; que se agrupan para satisfacer intereses particulares y que se manifiestan en tanto gozan de una serie de libertades individuales, políticas, sociales, religiosas e ideológicas, por las cuales se toman la plaza pública, el foro público, las redes sociales, los medios de comunicación para hacer visibles sus intereses o sus denuncias. Al respecto concluye Berlin:

La esencia del concepto de libertad, tanto en sentido “positivo” como “negativo” es oponerse a alguien o a algo: a los que se meten en mi terreno, o a los que afirman su autoridad sobre mí; o a obsesiones, miedos, neurosis y fuerzas irracionales: intrusos y déspotas de unos y otro tipo. El deseo de reconocimiento es el deseo de algo distinto: de unión, de íntimo entendimiento, de integración de intereses, de una vida de común dependencia y sacrificio. Por eso, cuando se confunde el deseo de libertad con este ansia profundo y universal de posición y comprensión, y cuando la confusión aumenta al identificarlo con la idea de un gobierno social, en que el sujeto a emancipar ya no es el individuo sino la “totalidad social” entonces puede ocurrir que los hombres proclamen, al tiempo que se someten a la autoridad de oligarcas o dictadores, que esto de alguna manera los libera.⁴¹

Sostiene Constant que una libertad (de los antiguos) y otra (de los modernos) no son necesariamente excluyentes. La libertad individual puede resultar garantizada cuando hay libertad política⁴². A juicio de John Rawls⁴³, el ser humano toma parte en los asuntos

⁴¹ Isaiah Berlin. *Sobre...* Op Cit., p, 242.

⁴² Benjamin Constant, *Principios...* Op Cit., p. 66.

públicos porque se concibe a sí mismo como un ser libre y comparte una misma condición de igualdad política con los demás. La igualdad es entendida en términos de igualdad política. Dado que todos los asociados gozan de iguales facultades morales, están en igual capacidad para reclamar ante las instituciones públicas una determinada exigencia.

A lo anterior se suma el contenido del primer principio de justicia, en el cual establece que el grado de libertad, que se puede conceder a todos en iguales condiciones, hace alusión expresa a la igual libertad de los asuntos políticos. El individuo tiene conciencia de su libertad y actúa libremente. Se asocia y se desvincula libremente. Ingresa a partidos políticos y se retira de ellos. En unas elecciones vota por un partido y es libre de cambiar su opción de voto en una contienda electoral futura; decide libremente si interviene en asuntos políticos como elector o como candidato; y asume diferentes roles, puede cambiarlos, puede aislarse o vincularse.

La vida no se reduce exclusivamente a la vida pública, pero los hombres, en ejercicio de su libertad saben que la plaza pública es el escenario más oportuno para visibilizar sus intereses, hacer uso de sus derechos políticos y enfrentarse a la institucionalidad para exigirle cambios, para defenderla o para intervenir en la construcción de nuevas instituciones⁴⁴. Actuaciones posibles en escenarios de libertad individual que hace de la colectividad una sumatoria muy amplia de exigencias particulares y exige a la colectividad un respeto muy atento por las múltiples exigencias o disidencias individuales.

Con lo anterior nos ocuparemos de explicar tres aspectos básicos en el marco de esta construcción conceptual de la participación ciudadana. Ofreceremos una noción de lo que ella significa y posteriormente mostraremos cuáles son algunos de los derechos básicos que la alimentan, diferenciando los que tienen lugar en la esfera pública de los

⁴³ John Rawls. *Liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2006, p, 102.

⁴⁴ Es frecuente escuchar el reclamo de los manifestantes cuando aluden a la apatía y a la indiferencia de las mayorías como el principal riesgo que afecta la legitimidad y contundencia del grupo que protesta. Los líderes estudiantiles y sindicales acusan a la gran población de ser indiferentes a la protesta. De exigir resultados pero sin interesarse por el proceso de reivindicación de las exigencias planteadas.

que mejor se desarrollan en la esfera privada y luego explicaremos la estructura que le ha dado la Corte Constitucional de Colombia a la participación ciudadana.

Sección Primera. ¿A qué llamamos participación ciudadana?

La participación ciudadana puede concebirse como la facultad que tiene el conglomerado social de tomar parte en los asuntos que son de su incumbencia. Es por ello que el régimen político más propicio para que la participación ciudadana tenga lugar es la Democracia. Afirma Kelsen⁴⁵ (2002), que la Democracia es una forma de organización estatal en la cual se le permite a los destinatarios tomar parte en la construcción de las normas que los rige. Se rige por el principio de la decisión mayoritaria, asegura la protección de las libertades individuales, protege a las minorías y estimula el relativismo como doctrina filosófica que le impida a cualquier partido político creer que ostenta una verdad política absoluta.

Este régimen político tiene muchas acepciones, y múltiples riesgos, pero también son evidentes sus virtudes. Una de ellas, muy especial, es la concesión de recursos e instrumentos institucionales, de los cuales puede valerse el conglomerado social para visibilizar sus denuncias; determinar la agenda pública; presentar sus proyectos e intervenir de forma activa en el proceso de configuración del mapa normativo con el cual se rige un Estado de derecho. La participación ciudadana es una expresión de la soberanía popular que tiene varias instancias de expresión.

Es por ello que podemos hablar de participación ciudadana directa e indirecta⁴⁶. La participación ciudadana directa es aquella a través de la cual un grupo significativo de ciudadanos, al margen de cualquier agenda partidista o del establecimiento decide liderar y orientar el contenido de una determinada política pública. El colectivo identifica un problema común y se organiza para destinar los recursos necesarios que satisfagan sus demandas. Las manifestaciones públicas, las marchas, las exposiciones de arte que incluyen una denuncia política, la recolección de firmas para promover una

⁴⁵ Hans Kelsen. *Esencia y valor de la democracia*. Buenos Aires: Labor, 2002, p. 69.

⁴⁶ Giovanni Sartori. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Barcelona: Taurus, 2007, p. 144.

determinada política pública, la gestión comunitaria, etc., son fieles ejemplos de esta expresión, cercana a lo que en términos constitucionales nos acerca a la noción de *Poder constituyente primario*.⁴⁷

La participación ciudadana indirecta es la gestión ciudadana que se tramita a través de la institucionalidad y la gobernabilidad política. El conglomerado social hace uso de sus interlocutores en los escenarios de participación ciudadana para sean los partidos políticos quienes encabecen una demanda particular que agrupa los intereses de la colectividad⁴⁸. Con acierto se afirma que los partidos políticos son los voceros de todo modelo político democrático. Los partidos políticos están llamados a canalizar las exigencias sociales y visibilizarlas en el foro público. *Los partidos políticos son la voz de sus electores en las instancias de representación popular*⁴⁹. Sus actuaciones se dan en nombre de sus electores, en nombre del pueblo.

La participación ciudadana es un instrumento de control que hace el colectivo sobre el ejercicio del poder público que ostenta el establecimiento. Es por ello que acarrea un sitio de tensión y de confrontación con el establecimiento. Una participación ciudadana activa, dinámica y efectiva es aquella que ejerce de manera veraz un control sobre la administración de recursos públicos, tanto humanos como financieros. No puede imponerse porque se desnaturaliza y solo puede ser posible cuando hay recursos institucionales reales a través de los cuales el conglomerado social dispone la agenda pública, expresa sus intereses y se propone dirigir el curso normativo en un momento específico.

Pero hay algo más importante que los simples recursos institucionales: el conglomerado social debe confiar en que vale la pena salir a la defensa de sus intereses⁵⁰. El principal enemigo de la participación ciudadana no es el miedo o la violencia sino la apatía o la

⁴⁷ En el marco de la teoría constitucional se ha establecido que el Poder constituyente primario es el nombre que recibe un conglomerado social y políticamente organizado, quien en nombre de la titularidad de la soberanía, está revestido de competencia para actuar de forma fundacional, originaria, ilimitada, inicial y autorreguladora.

Manuel Martínez Sospedra. *Manual de derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p, 178.

⁴⁸ Giovanni Sartori. *¿Qué es democracia?* Op Cit., p, 173.

⁴⁹ Maurice Duverger. *Los partidos políticos*. México: FCE, 1957, p, 252.

⁵⁰ Francisco Gutiérrez. *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)* Bogotá: Debate - IEPRI, 2014, p, 362.

indiferencia⁵¹. Cuando la sociedad siente que sus representantes son agentes que rompieron los canales de comunicación con sus denuncias y que solo se interesan en asegurar sus propios intereses la participación ciudadana queda reducida a unas cláusulas de papel que han de ser recubiertas por el polvo⁵². Solo cuando el pueblo confía en que los medios de comunicación son voceros de sus denuncias y que sus representantes han de atender sus reclamos surge la confianza necesaria para dejar de lado la apatía y ocuparse de la generación de conciencia pública, que es el primer paso para entrar en el debate, tomar posición y estar dispuestos a refrendar las voces públicas en las urnas para convertirlas en leyes.⁵³

Es cierto que la Democracia no es un régimen perfecto, pero sí es el escenario más propicio para que la participación ciudadana tenga lugar. Toda democracia formal tiene sus cimientos en la pluralidad de partidos, en el acceso al poder por medio del sufragio, en la alternación del acceso al poder y en la promoción normativa de libertades políticas como asociación, manifestación y deliberación. Alf Ross⁵⁴ sostiene que la democracia no es un régimen al que se accede por medio de una disposición normativa, ajena a la voluntad y conciencia del conglomerado social. A la democracia se llega. Se accede por medio de la educación. Y solo a partir de allí resulta posible y necesario hacer que la norma plural, horizontal y deliberante de la democracia tenga cabida en todos los asociados.

Sección Segunda. Derechos inherentes a la participación ciudadana

La descripción de estos derechos la vamos a discriminar en dos partes. Por un lado explicaremos los derechos que aluden a una referencia individual; y por el otro,

⁵¹ Gandhi. *La historia de mis experiencias con la verdad*. Bogotá: Temis, 2007, p, 40.

⁵² Hamilton. *El Federalista*. México: FCE, 1983, p, 173.

⁵³ Sostiene Amartya Sen que la democracia solo puede ser entendida y descrita como un razonamiento público, en el que la totalidad de los agentes tienen asegurado el acceso a la información oficial e independiente de manera amplia, libre y ajena a condiciones de fuerza. De tal manera que les resulta posible tomar parte activa y decidida en las decisiones más importantes del entramado social.

Amartya Sen. *El valor de la democracia*. Madrid: Viejo Topo, 2006, p, 118.

⁵⁴ Alf Ross. *¿Por qué democracia?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p, 126.

haremos alusión a la esfera colectiva de derechos dirigidos a posibilitar la participación ciudadana.

1. Esfera privada de la participación ciudadana

1.1 Vida⁵⁵

Es un derecho que se expresa por sí mismo porque representa la potencial realización de todos los demás. Ferrajoli⁵⁶ sostiene que su efectiva protección va de la mano de actuaciones políticas que exigen la abolición de la pena de muerte y la promoción de derechos que aseguren el mínimo vital para todos los asociados.

1.2 Libertad personal⁵⁷

Es un derecho que consagra múltiples acepciones. Establece la protección constitucional y legal de la que goza cada sujeto para no ser detenido por una autoridad estatal sin previa orden judicial.

1.3 Libertad religiosa⁵⁸

Es un derecho que representa la libertad que tienen los asociados de adoptar o no una cierta profesión religiosa; y que dicha preferencia no le represente problemas personales o sociales. Una de las mejores expresiones políticas de la libertad religiosa se encuentra en un Estado laico, en el que no tiene lugar una religión oficial. Todas las profesiones religiosas son iguales ante la ley y, por ende, deben gozar de los mismos derechos y exigencias.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 11.

⁵⁶ Luigi Ferrajoli. *Principia Iuris. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2002, p, 209.

⁵⁷ Constitución., Op Cit., Artículo 28.

⁵⁸ *Ibíd.*, Artículo 18.

1.4 Libertad de culto⁵⁹

Es una materialización de la libertad religiosa. Significa la exteriorización de las creencias religiosas. Esta libertad asegura la posibilidad que tienen los asociados de intervenir en las celebraciones religiosas, sus ritos y prácticas tanto en hábitos alimenticios como en no obligarse a realizar ciertas actividades en fechas de festividades religiosas.

1.5 Libertad de conciencia⁶⁰

Es la inmunidad que tiene el individuo frente al Estado y a terceros para no realizar aquello que considere contrario a sus creencias religiosas. Sin que tal omisión le acarree efectos contraproducentes en su vida social, familiar o profesional. La materialización de esta libertad se conoce como la capacidad que tienen los agentes sociales de declararse objetores de conciencia. Y a través de esta objeción poder separarse de alguna exigencia legal. Esta libertad es una excepción a la idea generalísima de que la ley es una sola y obligatoria para todos en iguales condiciones. A juicio de la Corte Constitucional, esta libertad adquiere un rango jurídico superior que requiere máxima protección cuando obedece a unas convicciones profundas, fijas y sinceras que profesa el individuo y que claramente lo diferencia de intereses mayoritarios⁶¹

1.6 Propiedad privada⁶²

Es el derecho básico del ideario liberal. Recuérdese cómo para Locke el Estado civil resulta de la voluntad política de hombres libres y con propiedad. En el ideario liberal existe una correlación entre libertad y propiedad. La libertad permite acceder a la propiedad y la propiedad concede libertad. (Los liberales sustituyen la *verdad* por la propiedad). Los bienes que cada quien obtenga conforme a derecho o como resultado

⁵⁹ *Ibíd.*, Artículo 19.

⁶⁰ *Ibíd.*, Artículo 19.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-728 de 2009*. 2009

⁶² Constitución Política de Colombia. *Op Cit.*, Artículo 60.

de su esfuerzo, son solo suyos y el Estado no puede disponer de ellos. Para los liberales la igualdad material es inexistente e indefendible. Solo reconocen la igualdad formal, en el entendido de que aceptan una misma ley y que todos poseen iguales condiciones para transformar la materia prima en bienes. Cada quien se vale de su fuerza de trabajo para aprovechar las libertades del mercado. En nombre de la propiedad se restringe la posibilidad de que el Estado adelante una reforma agraria o una repartición de la tierra que generen condiciones sociales más equitativas. Solo en atención a intereses públicos, el Estado puede afectar la propiedad privada, y toda vez que opere la respectiva indemnización.

1.7 Intimidad⁶³

Es la libertad individual que delimita la frontera entre lo público y lo privado. Este derecho representa la imposibilidad que tienen terceros, Estado y demás individuos, de sobrepasar los límites que cercan lo más íntimo de cada persona, y no puede ser llevado a la esfera pública sin su respectiva autorización. El respeto por este derecho prohíbe las interceptaciones telefónicas, el monitoreo secreto o el acceso a las cuentas de correo. Toda afectación a este derecho, bien sea de forma previa o excepcionalmente posterior, siempre requiere autorización judicial.

2. Esfera pública de la participación ciudadana

2.1 Igualdad ante la ley⁶⁴

Es una igualdad en sentido formal. Establece que la ley aplica para todos los asociados de la misma manera y según el mismo alcance. Este derecho establece que no resultan legítimos los tratos preferentes o excluyentes. La premisa normativa de este derecho se expresa así: al mismo supuesto fáctico igual consecuencia jurídica.

⁶³ *Ibíd.*, Artículo 15.

⁶⁴ *Ibíd.*, Artículo 13.

2.2 Libre expresión⁶⁵

Es el derecho que tienen los asociados de exteriorizar sus convicciones personales, sociales y políticas, sin que dichas prácticas generen discriminación o exclusión social o laboral. Esta libertad es un fundamento básico de la libertad de prensa y de la libertad de opinión.

2.3 Reunión⁶⁶

Significa la libertad que tienen los asociados de tomarse los espacios públicos con el objeto de hacer visibles sus demandas y sus exigencias. Esta libertad va acompañada de manifestaciones, movilizaciones, protección a sedes de campaña o lugares de encuentro de los miembros de la correspondiente asociación. Este derecho goza de protección constitucional y legal, toda vez que se haga de manera pacífica. Es así como el Estado debe garantizar, mediante su pie de fuerza, la libre circulación de una manifestación.

2.4 Asociación⁶⁷

Es el derecho que tienen los individuos de sumar fuerzas conjuntas en aras de lograr objetivos comunes. Establece la membresía libre de los individuos según intereses o ideas afines. A nadie se le puede impedir, en términos razonables, el acceso o la dimisión a una colectividad. Cada institución goza de la libre competencia para trazar sus principios rectores, cláusulas de permanencia o causales de exclusión, toda vez que no sobrepase los límites constitucionales que atañen a la libertad, la igualdad o la dignidad humana⁶⁸.

⁶⁵ *Ibíd.*, Artículo 20.

⁶⁶ *Ibíd.*, Artículo 37.

⁶⁷ *Ibíd.*, Artículo 38.

⁶⁸ *Ibíd.*, Artículo 12.

2.5 Elegir y ser elegido⁶⁹

Es el derecho político por excelencia. Es la facultad que tienen los ciudadanos de tomar parte directa y representativa de la configuración del poder político. Es un presupuesto básico de todo el andamiaje democrático que promueve la rotación del poder y la pluralidad de partidos políticos. Es común que las democracias actuales se caractericen por instalar el sufragio universal, por medio del cual se minimizan las exigencias políticas, sociales, culturales o económicas con las que se le impedía a gran parte de la población, el acceso a la participación ciudadana. Una exigencia propia de este derecho, como presupuesto básico para legitimar el modelo democrático versa en la concesión de elecciones libres, de tal manera que los asociados puedan tomar parte en el debate público sin ser constreñidos o intimidados a dar su voto por quien no es de su preferencia.

2.6 Pluralidad de partidos políticos⁷⁰

Los partidos políticos desarrollan de forma directa el derecho de asociación, de libertad individual y de opinión. Agrupan a colectividades según planes ideológicos que han de desarrollarse tan pronto accedan al poder. Estos partidos políticos oxigenan el modelo democrático porque activan el disenso político, promueven la deliberación pública y dinamizan la alternación del poder.

2.7 Iniciativa legislativa⁷¹

Es la facultad que tienen colectividades, diferentes a las instituciones políticas estatales, de presentar proyectos de ley ordinaria, de convocar a referendos o de promover actos reformativos de la Constitución. Esta facultad tuvo recepción en Colombia con la Constitución de 1991 al instalar la democracia participativa. Se deja de lado la democracia representativa y se le amplía al pueblo un espectro mayor de canales a través de los cuales toma parte activa en asuntos de configuración del poder político.

⁶⁹ *Ibíd.*, Artículo 40.

⁷⁰ *Ibíd.*, Artículo 107.

⁷¹ *Ibíd.*, Artículo 40 y 104.

Sección Tercera. Participación ciudadana según la Corte Constitucional de Colombia

Nos ocuparemos ahora de mostrar de qué manera la Corte Constitucional de Colombia por medio de sus sentencias se ha ocupado de señalar, para el caso colombiano, la naturaleza, los límites y las condiciones de la participación ciudadana.

1. Participación ciudadana como derecho fundamental. Sentencia T-469 de 1992, MP Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional de Colombia, 1992)

Fija una posición muy importante sobre la naturaleza de la participación ciudadana en tanto derecho fundamental, de aplicación inmediata, susceptible de protección mediante acción de tutela. A esta conclusión puede llegarse una vez se revisan las disposiciones normativas superiores de los artículos 40, 85 y 86. Esta condición de derecho fundamental, no sólo es un desarrollo constitucional de la adopción del régimen democrático participativo que propone el Constituyente primario sino que la efectiva protección y defensa de este derecho fundamental es un presupuesto que condiciona la legitimidad de todo el aparato estatal.

2. Participación ciudadana como principio fundante del Estado social de derecho. Sentencia C-103 de 1996, MP Fabio Morón Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1996)

Describe la participación ciudadana como un principio fundante del Estado y como un fin esencial. En esta Sentencia explica de qué manera el concepto participación ciudadana se desprende del contenido constitucional de los artículos 1 y 2. A partir de esta remisión constitucional expresa se establece el mandato que reciben todas las autoridades públicas de promover y facilitar la participación ciudadana; de una manera muy especial en generar espacios para que se permita la mayor intervención de los asociados en la toma de decisiones que les concierne a todos. (Consideración jurídica B).

3. Alcance de la participación ciudadana y su relación directa con la democracia. Sentencia C-337 de 1997, MP Carlos Gaviria Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1997)

Muestra de qué manera existe una relación de conexidad entre la democracia y la participación ciudadana. Si la democracia, en su aspecto formal, significa la forma de gobierno a través de la cual los destinatarios de las normas son sus mismos gestores, es indispensable que haya una serie de recursos a través de los cuales el conglomerado social pueda ser el actor principal generador de dichas decisiones sobresalientes. La participación ciudadana pasa a convertirse en el canal y en la expresión del conglomerado social. Dicha participación puede hacerse de manera directa o indirecta; pero en uno y otro caso el sufragio pasa a convertirse en una institución esencial del sistema democrático. Es por ello, que el deber sobresaliente de todo modelo político que aspire a legitimarse como democrático debe disponer de los recursos necesarios para que los asociados puedan hacer explícita su voluntad política (Consideración jurídica VIII, 4.1 – 4.2). Concluye la Sentencia en estos términos:

El derecho al voto, como quedó expuesto, es el principal mecanismo de participación ciudadana. Desde este punto de vista, las normas constitucionales que facultan a los ciudadanos para ejercer el sufragio, obligan correlativamente a las autoridades electorales a hacer posible el ejercicio de tal derecho, que halla su opuesto en el no-derecho de los demás -particulares y autoridades-, a impedirles que lo hagan con entera libertad (Consideración jurídica VIII - 4.2)⁷²

4. Participación ciudadana como derecho susceptible de protección mediante tutela. Sentencia T-235 de 1998, MP Fabio Morón Díaz (Corte Constitucional de Colombia, 1998B)

Explica la participación ciudadana como una materialización de los postulados constitucionales, que desde los artículos 1 y 2 superiores, describen al Estado como un régimen democrático y participativo⁷³. La toma de decisiones públicas relevantes por parte de los asociados puede describirse como la manifestación básica de un derecho

⁷² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-337 de 1997*, 1997.

⁷³ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-603 de 2005*, 2005.

fundamental coherente con todo régimen que tenga pretensiones democráticas. Derecho que por su raigambre normativa es un derecho fundamental de aplicación inmediata susceptible de protección mediante la acción de tutela (Consideración jurídica 1).

5. Participación ciudadana como criterio de distinción del Estado social de derecho. Sentencia C-1338 de 2000, MP Cristina Pardo (Corte Constitucional de Colombia, 2000)

Describe la participación ciudadana como un principio fundamental que condiciona y orienta la estructura social y colectiva del Estado social de derecho. Esto significa que el sistema constitucional actual insta a un aumento cuantitativo y cualitativo de instrumentos de los que puedan valerse los ciudadanos para intervenir el curso de aquellos asuntos que comprometen los intereses de la colectividad. En esta misma dirección la participación ciudadana puede ser entendida como un derecho y como un deber que le asiste a los asociados para intervenir en aquellos escenarios que involucran intereses colectivos. (Consideración jurídica 1).

6. Participación ciudadana como instrumento de control político. Sentencia C-507 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis (Corte Constitucional de Colombia, 2001B)

Describe el lugar que ocupa la participación ciudadana en la normatividad superior. En esta dirección explica la Sentencia de qué manera la participación ciudadana se expresa como instrumento de control político, en los artículos 40 y 95 superiores; como criterio orientador de la actividad legislativa, en los artículos 40, 155 y 374 superiores; como fundamento de la función pública, en los artículos 123, 210 y 365; y como exigencia de legalidad de las actuaciones públicas, en los artículos 87, 88, 89 y 242. Concluye la descripción de participación ciudadana en estos términos:

La Constitución Política concibe al Estado como una organización en que los asociados están llamados a intervenir en forma permanente, en las actividades sociales y de las propias autoridades en procura del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y las finalidades a cargo de aquellas. Participación que

corresponde a las autoridades hacer efectiva dotando a las personas de instrumentos que promuevan su intervención, que por otra parte no es incompatible con la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones individuales, tal como lo formula el artículo 2 superior. Ahora bien como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, resulta indispensable distinguir la necesidad de que en una democracia participativa los ciudadanos intervengan en las decisiones que los afectan -económicas, políticas, administrativas, ambientales, cívicas o culturales-, de la intervención de los mismos para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En efecto las finalidades primeramente enunciadas demandan la injerencia de los actores sociales en pro de un bienestar común, conforme a los dictados constitucionales que imponen a las autoridades la protección de la vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades, de todos los residentes en Colombia (Consideración jurídica 1)⁷⁴

7. Participación ciudadana como principio y fin fundantes del Estado social de derecho. Sentencia SU-1122 de 2001, MP Eduardo Montealegre (Corte Constitucional de Colombia, 2001C)

Muestra de qué manera el fundamento esencial de la participación ciudadana está contenido en los dos primeros artículos de la Constitución⁷⁵. En el primer artículo se encuentra que un principio del Estado tiene que ver con la profundización de la democracia participativa; mientras que el artículo segundo, señala que es un fin esencial del Estado facilitar dicha participación. Así pues que es un deber del Estado, a la hora de ajustarse al imperio de la Constitución, promover y facilitar todas las expresiones ciudadanas conducentes a intervenir en la configuración del poder público y en el establecimiento de las decisiones que atañen a la colectividad (Consideración jurídica 8).

8. participación ciudadana como representación de la estructura republicana del poder público. Sentencia T-473 de 2003, MP Jaime Araújo (Corte Constitucional de Colombia, 2003A)

Establece que toda organización que como República pretenda ser democrática, participativa y plural, debe asegurarle a los ciudadanos, el derecho fundamental de intervenir en todos los asuntos que sean de su incumbencia. (Consideración jurídica 3)

⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-507 de 2001*, 2001B.

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T 603 de 2005*, 2005.

9. Participación ciudadana como superación del ejercicio electoral. Sentencia C-127 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra (Corte Constitucional de Colombia, 2004 A)

Concibe la participación ciudadana como un derecho que no se reduce exclusivamente al cauce electoral⁷⁶. Trasciende con creces las disposiciones básicas que se acercan a la orilla de elegir y ser elegido. Establece el deber del Estado social de derecho de promover y permitir la intervención de los asociados en las decisiones que los afectan. Se entiende la participación ciudadana no solo como un derecho fundamental sino como una exigencia contenida en el Preámbulo y como un fin del Estado. Participación no es solo el marco electoral sino que abarca todas las esferas sociales, políticas, religiosas, culturales e institucionales donde resulte necesario que los destinatarios de las normas puedan tomar parte activa en su proceso de redacción. En todo aquello que afecte de manera ostensible la vida de los asociados es necesario defender y permitir la participación (Consideración jurídica # 3.1).

10. Participación ciudadana como herramienta necesaria y vital para la democracia. Sentencia C-224 de 2004, MP Rodrigo Escobar (Corte Constitucional de Colombia, 2004C)

Reconoce la importancia de la participación ciudadana dentro del marco constitucional que fijó el poder constituyente en Colombia a partir de 1991. Señala que la participación ciudadana es el riel sobre el cual se moviliza la locomotora de la democracia; es por eso, que concibe necesario y oportuno el estímulo que le confiere el legislador al voto. La fijación de este estímulo tiene el objeto de aumentar el interés por los asuntos públicos en el mayor número de asociados, por lo cual resulta coherente con el ideal democrático del Estado, sin que por ello se afecten garantías o se restrinja la libertad para quienes decidan no tomar parte en las dinámicas electorales (Consideración jurídica 4).

⁷⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-831 de 2004*, 2004B.

11. La doble condición de la participación ciudadana: expresión democrática del Estado y extensión del libre desarrollo de la personalidad. Sentencia T-983 A de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional de Colombia, 2004D)

Indica que la naturaleza esencial del derecho a la participación ciudadana está dada en una doble dimensión. Por un lado es un derecho que determina la condición democrática del Estado, y por el otro, está en estrecha conexidad con el libre desarrollo de la personalidad. La participación ciudadana solo puede entenderse como un ejercicio público que tiene su origen en la libertad individual. Libertad que estimula a ciertos asociados a intervenir en la construcción de políticas que orienten la conducta de los demás. Concluye la Corte Constitucional en estos términos: “De suerte que, en un Estado democrático, esa decisión individual de participar activamente en la conformación y en desarrollo de una sociedad, debe ser garantizada y promovida por el mismo Estado, pues de su funcionamiento depende en gran medida la efectividad de la democracia como régimen político de organización estatal.” (Consideración jurídica 23)⁷⁷

12. Participación ciudadana como máxima expresión democrática. Sentencia C-230 A de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Explica por qué existe un nexo de causalidad entre un régimen democrático y la participación ciudadana. Un régimen democrático eficiente es aquel que les permite a los asociados tomar parte en los asuntos públicos más relevantes. Todo modelo democrático legítimo requiere tener abiertos los canales a través de los cuales les sea posible a los asociados expresar libremente las opiniones, configurar el poder y concurrir en la integración de la voluntad colectiva. La participación ciudadana es el instrumento por excelencia a través del cual se forjan los espacios públicos vinculantes. Cada individuo es titular del ejercicio de participación que efectúa a través del sufragio. Gracias al sufragio se hace posible la expresión política más íntima a la

⁷⁷ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-983 A de 2004*, 2004D.

vez que se verifica el designio comunitario sobre las opciones sometidas al veredicto de las urnas (Consideración jurídica 5).

13. A manera de conclusión

No es correcto hablar de un sistema democrático sin participación ciudadana. Ésta, significa el conjunto de atributos y de derechos a través de los cuales, el conglomerado social toma parte en los asuntos que son de su incumbencia. Está revestida de condiciones personales y colectivas. Es un deber del Estado promover la participación ciudadana y es un derecho de los asociados intervenir en la construcción conjunta de políticas públicas y en decisiones normativas que afectan directamente sus intereses. Existe una relación de conexidad entre el régimen democrático y la participación ciudadana. La democracia es el régimen político que redime su legitimidad en tanto conserve abiertos los canales de participación. En la medida en que los destinatarios de las normas se sienten creadores de éstas, es mayor el grado de aceptación que les conduce a acatarlas.

La participación ciudadana es polisémica. Ostenta múltiples expresiones y posibilidades de aplicación. Se activa con la libertad de prensa, expresión, asociación, reunión y disenso. No puede reducirse exclusivamente al voto. Requiere condiciones más amplias de representación y participación públicas. En el núcleo de la participación ciudadana existe una tensión entre los intereses de múltiples facciones sociales. Cada quien, a su medida y según sus intereses, inclina la balanza de un cierto lado. El reto del establecimiento radica en ofrecer condiciones de paridad argumentativa para hacer públicas sus denuncias y sus demandas.

La voluntad ciudadana toma mejor cuerpo cuando se nutre de más y de mejores argumentos. Las posiciones a favor o en contra de cierta decisión política debe pasar por el filtro de la *razonabilidad pública*⁷⁸. El objetivo de la participación ciudadana no es

⁷⁸ Término propuesto por John Rawls para explicar de qué manera nuestros argumentos pueden ser *racionales* y *razonables*. Un argumento racional es aquel que satisface mis intereses más propios. Y para ello es suficiente que se ajusten a mi manera de ver y de entender el mundo. No tienen pretensión de universalidad sino de particularidad. Eso no significa que sean argumentos nocivos. Son buenos pero individualizados. Por el contrario, los argumentos

lograr la unanimidad, porque eso obstruye en sí misma, toda expresión democrática, se busca recuperar la confianza entre asociados y gobernantes. Que los asociados sientan que vale la pena expresar y defender sus intereses. Y a su vez, que los gobernantes, entiendan que solo los destinatarios de sus decisiones, son quienes mejor pueden definir su pertinencia o su sensatez.

razonables son aquellos que sí tienen vocación de universalidad. De ellos se espera que los demás, en tanto sujetos libres e iguales entiendan, acepten y comprendan la naturaleza, el alcance y el contenido de la argumentación.
John Rawls. *Una teoría de la justicia*. México: FCE, 1994, p, 101.

CAPÍTULO II

EL COMPLEJO CAMINO POLÍTICO Y JURÍDICO RECORRIDO HASTA LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1991

Un Estado de derecho reivindica con mayor vehemencia la legalidad sobre la legitimidad. De hecho tiene la ilusión de hacer coincidir la legitimidad con la legalidad. Pero es evidente que son dos instituciones distintas, y en muchos casos, contradictorias. La legalidad tiene su nicho en el positivismo liberal clásico. Repasemos para ello la versión de Xacobe Bastida:

La inauguración del Estado como institución plenamente independiente trajo consigo la introducción de un nuevo modo de concebir la política y el derecho. El Estado es la negación de la ciudad de Dios. Es el establecimiento de la fuerza ordenada y legalmente instituida. Es la fuerza misma sujeta por sí misma. La libertad individual es la bandera estatal. Libertad individual y defensa de derechos en sentido mínimo será entendido como fractura al mundo monacal y despótico del medioevo. El Estado, surgido él mismo de un proceso de secularización, excluye por principio de su ámbito toda trascendencia, y al hacerlo así entiende consecuentemente el derecho no como creación de otro orden, sino como manifestación contingente de una voluntad soberana, absoluta y limitada.⁷⁹

Un acto jurídico es válido cuando tiene respaldo en la norma. Ella consagra de manera expresa y formal qué está permitido y qué está prohibido. Los operadores jurídicos saben que en la norma están contenidos sus límites. De la certeza normativa se desprende la confianza mercantil y la libertad individual⁸⁰. Todo lo que se haga por fuera de la norma acarrea una vía de hecho. En su sentido más liberal, la legalidad es una garantía de protección del individuo frente al poder exorbitante que ostenta el Estado, por eso debe velarse por mantener su integridad. Los *liberales morales*⁸¹ sospechan de

⁷⁹ Xacobe Bastida. *El silencio del emperador: un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Unibiblos, 2001.

⁸⁰ *Ibíd.* P., 39.

⁸¹ Utilizamos el término *liberales morales* para hacer referencia a la manera en que liberales de la talla de John Rawls y Ronald Dworkin, se enfrentan a la tradición liberal utilitarista, para la que resulta suficiente calificar de “bueno” a aquello que satisfaga los intereses de la mayoría. Esta condición moral liberal tiene por objeto corregir esa dirección mayoritaria que puede llegar a ser absoluta y puede comprometer sistemáticamente los intereses constitucionales válidos de las minorías.

la legitimidad porque en ella puede contenerse un interés mayoritario amañado y peligroso frente a los intereses del individuo. Consideran la legitimidad como una expresión más emotiva que racional. En su sentir, la razón solo puede encontrarse en las formas jurídicas debidamente establecidas. La rigidez de la norma traza unas reglas de juego claras, públicas, expresas, de dominio público, que obliga a todos por igual. El deber del Estado es asegurarse que tales formas no sean transgredidas. Bajo este marco de interpretación, con el cual fuimos educados a la hora de comprender el derecho, teníamos muy claro que una reforma constitucional solo podía tener su origen en el Congreso. Así se había fijado en el Plebiscito de 1957.

La reforma constitucional quedaba anclada a un acto legislativo. En el sentido liberal-legalista toda iniciativa de reforma no podía ser sino declarada ilegal. Transgresora de lo jurídicamente establecido y por ende declarada inconstitucional. Esa suerte habían corrido los proyectos de *reforma constitucional*⁸² de López Michelsen y Turbay Ayala. El deber del Estado es someterse al derecho que él mismo crea. El respeto por las decisiones democráticas exige compromisos poco populares pero garantes de lo debidamente acordado atrás. Todo este sector normativo y iusfilosófico fue el que desestimó los proyectos anteriores de reforma a la Constitución que tuvieron su curso a lo largo de 1990. El pueblo soberano había dado sus propias reglas y ellas debían mantenerse.

Pero puede ocurrir que la legitimidad resulte favorecida en tanto manifestación del poder constituyente primario. Todo ordenamiento jurídico tiene una válvula de escape llamada poder constituyente. Es un instrumento a través del cual se institucionaliza la rebelión porque justifica que el orden jurídico se instale por fuera de sus procedimientos previamente determinados. El sentido fundacional del orden jurídico escapa a cualquier

⁸² La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia había instalado un precedente sumamente legible en aras de respaldar lo acordado por el pueblo mediante Plebiscito en 1957. Toda reforma constitucional solo podía tener lugar a través de un Acto legislativo. Para la Corte Suprema de Justicia era evidente que los representantes del pueblo no gozan de competencia para modificar lo que el constituyente primario ha establecido. Las propuestas de reforma constitucional que pretendían, mediante pequeñas Asambleas constitucionales modificar la administración de justicia, la administración municipal y la actuación legislativa, adelantadas por López Michelsen fueron declaradas inexecutable en la Sentencia del 5 de Mayo de 1978. Igual suerte corrió la propuesta reformativa de Turbay Ayala mediante la Sentencia del 3 de Noviembre de 1981.

normatividad o regulación racional previa. Todo orden jurídico tiene pretensiones de validez universal y por ello se concibe exigible y legítimo.

Pero advierte que puede ocurrir una resistencia a su deber de obediencia. Advierte que puede haber un poder popular que quiera salirse del cauce y pretenda establecer otro orden normativo, que cuenta con un respaldo popular mayoritario. De hecho, experiencias histórico-políticas tan notables como la instalación del modelo parlamentario inglés, la fundación de los Estados Unidos, la primera República francesa, los procesos de independencia de África y América Latina han tenido su nicho en un evento revolucionario y contra-institucional, que al momento de hacerse al poder, revierte la vía de hecho y se declara la expresión popular más genuina y más nítida posible para decorar la victoria. Bajo la óptica del poder constituyente se reivindica todo proyecto revolucionario victorioso. Este texto tiene por objeto mostrar de qué manera la Corte Suprema de Justicia justifica bajo la figura del poder constituyente, la posibilidad de reconocer que el levantamiento social jalonado por el movimiento estudiantil que promovió la Séptima papeleta, resulta no solo necesario y legítimo sino ajustado al derecho que tiene todo poder soberano de decidir cuándo quiere darse su propia Constitución, al margen inclusive de las reglas de juego y de los procedimientos contenidos en la Constitución de 1886, próxima a derogarse.

Sección Primera. Contextualización

Colombia se devoró a sí misma en una década, la del ochenta. Dice Gutiérrez Sanín:

Bajo Belisario Betancur (1982 - 1986), en cambio, se intenta no solo la paz sino la “apertura democrática”. Pero esta democratización adviene en medio de un baño de sangre. Cientos de líderes sociales son asesinados. La Unión Patriótica, la organización que surge de los acuerdos de paz entre Betancur y las FARC, es borrada del mapa. Un indicador particularmente revelador es el de las masacres. A finales de la década de 1980, ya una cuarta parte de los municipios había tenido al menos una masacre, y al final de la de 1990, cerca de la mitad.⁸³

⁸³ Francisco Gutiérrez Sanín. *El orangután con sacoleva...* Op Cit., p, 161.

Toda la parsimonia política del electorado y la constante inestabilidad de los partidos políticos tradicionales había generado un clima previsible de desgaste en materia política. Los grupos alzados en armas que prometieron una nueva sociedad, en las décadas de los años sesenta y setenta, cuando tomaron las botas, los fusiles y se fueron al monte, parecían haber perdido el aliento. El incipiente desarrollo del narcotráfico ya les coqueteaba con fuerza. La clase política estaba conforme con sus conquistas sociales y con sus prerrogativas económicas. Los medios de comunicación poco o nada tenían que decir. Se citaban a sí mismos de forma complaciente. El pulso ideológico era acaso imperceptible. Ni los excesos, ni los abusos del Frente Nacional generaban ampolla. La clase obrera estaba demasiado ocupada en la planta. Los estudiantes atendían sus clases y preparaban sus exámenes. Las universidades públicas hacían chispazos de inconformidad, pero estos no pasaban de ser simples eventos emotivos, aislados o excusas oportunistas para postergar el período de exámenes finales. El ruido generado a finales de la década del cuarenta, tras el magnicidio de Jorge Eliécer Gaitán, parecía ser un adorno de la historia de Colombia que quedaba solo en la retina de algunos militantes políticos del barrio La Perseverancia en el centro de Bogotá, y alguno que otro libro escolar de historia en el que no se dejaba escapar la oportunidad para resaltar la calidad de comunista que recibió un castigo divino directo. Porque al parecer, no hubo responsables humanos, a quienes imputar semejante crimen.

La década del ochenta es especial en términos políticos porque se sucede en desbandada una guerra sin cuartel. Una guerra contra el Gobierno que usa a la población civil como carne de cañón; una guerra que intimida a los más valientes; una guerra de guerrillas y otra contra la clase política que destierra en un solo suspiro la idea que esto tenga salida alguna. Entre 1985 y 1989 el ruido de los cañones se hizo sentir como pocas veces.

El narcotráfico ya había minado a buena parte de la clase política y de la sociedad⁸⁴. Cuando sus aspiraciones políticas se vieron amenazadas la emprendió contra la institucionalidad, la clase política y la sociedad en general de una manera infame, indolente y miserable. Rodrigo Lara Bonilla (Ministro de Justicia asesinado el 30 de Abril de 1984); Tulio Manuel Castro Gil (Juez de la República que conocía de un proceso penal contra Pablo Escobar asesinado el 23 de Julio de 1985); la toma del Palacio de Justicia y la consecuente muerte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, centenares de muertos civiles más y algunos desaparecidos por definir (Noviembre 6 – 9 de 1985); Jaime Ramírez Gómez (Coronel de la Policía que comandó los operativos que llevó a la fuerza pública hasta Tranquilandia asesinado el 17 de Noviembre de 1986); Guillermo Cano Isaza (Director de El Espectador asesinado el 17 de Diciembre de 1986); Pedro Luis Valencia (Representante a la Cámara de la Unión Patriótica asesinado el 11 de Agosto de 1987); Héctor Abad Gómez (Defensor de los derechos humanos asesinado el 25 de Agosto de 1987); Jaime Pardo Leal (Dirigente Político de la Unión Patriótica asesinado el 11 de Octubre de 1987); Carlos Mauro Hoyos (Procurador General de la Nación asesinado el 25 de Enero de 1988); Carlos Ernesto Valencia García (Magistrado asesinado el 16 de Marzo de 1989); Pastor Niño Villamizar (Representante a la Cámara secuestrado por el ELN el 14 de Abril de 1989); Noticiero Mundo Visión (Sede dinamitada el 16 de Mayo de 1989); Antonio Roldán Betancur (Gobernador de Antioquia asesinado el 4 de Julio de 1989); Valdemar Franklin Quintero (Comandante de la Policía de Antioquia asesinado el 18 de Agosto de 1989); Luis Carlos Galán (Dirigente político y candidato presidencial asesinado el 18 de Agosto de 1989); Hotel Hilton Cartagena (Atentado contra sus instalaciones el 25 de Septiembre de 1989); Jorge Enrique Pulido (Periodista asesinado el 9 de Noviembre de 1989); Avianca (Atentado contra uno de sus aviones en pleno vuelo en el que mueren más de 100 personas el día 27 de Noviembre de 1989); Miguel Maza Márquez (Director del DAS, sale ileso de varios atentados en su contra, en los que se emplean más de 600

⁸⁴ “El principal factor de mutación es, a nuestros ojos, la expansión del tráfico de drogas. La mayor parte de los análisis mencionan este factor pero como uno entre otros y sin ponerlo en el centro de la problemática, como si se corriera el riesgo de atenuar el carácter político del conflicto armado.”

Daniel Pécaut. *Una lucha armada al servicio del statu quo social y político*. En: Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia: comisión histórica del conflicto y sus víctimas. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2015, p, 568.

kilos de dinamita, mueren más de 70 personas y resultan más de 600 heridos. Estos atentados tuvieron lugar el 30 de Mayo y el 6 de Diciembre de 1989); Bernardo Jaramillo Ossa (Dirigente Político de la Unión Patriótica asesinado el 22 de Marzo de 1990); Carlos Pizarro Leongómez (Máximo dirigente del M-19 asesinado el 26 de Abril de 1990).

Esta lista inacabada de masacres, secuestros, intimidaciones y atentados con carro-bomba tienen a la población al borde de un colapso nervioso. La ofensiva terrorista de los carteles del narcotráfico tiene en la mira a más dirigentes políticos, miembros de la fuerza pública, periodistas, sindicalistas, comerciantes y a civiles como instrumento de guerra para generar más presión. El País ya no tolera una explosión más. El alto Gobierno y el Congreso parecen quedarse sin instrumentos políticos o jurídicos para responder a las demandas de los narcotraficantes. La población civil, de por medio, les ata de pies y de manos. En esta guerra sin cuartel los narcotraficantes están dispuestos a hacer cualquier cosa con tal de asegurar sus intereses, su reconocimiento como interlocutores políticos y frenar los avances jurídicos en materia de extradición. La fuerza pública no puede seguirles el juego. Su actitud solo puede ser defensiva, es decir, iniciar investigaciones luego de los atentados, de las ejecuciones o de los magnicidios.

Frente a la inmovilizada actuación institucional, de forma desordenada, impulsiva, alegre, espontánea y vital tiene lugar una expresión popular que pretende rescatar la institucionalidad y retornar a un País entero por la senda de la esperanza. Lo que no se puede hacer mediante leyes, decretos, reglamentos, editoriales o actos administrativos lo asume un clamor popular que ve en el levantamiento de los estudiantes un soplo de libertad frente al estupor generado por la guerra y el miedo. No es *Mayo del 68* ni una revolución hippie.

Sin libreto a bordo y ajenos a los intereses clientelistas de los partidos políticos tradicionales, el movimiento estudiantil canaliza acaso la única opción jurídico-política de la que podía echarse mano: una reforma institucional. Una reforma a la altura de las circunstancias. Una reforma sustancial para redimir problemas sustanciales.

Una reforma que solo estaba en manos del Congreso y un Congreso que estaba intimidado y se sentía sin aliento para liderarla. Una reforma que exigía saltarse la institucionalidad para defender la institucionalidad misma. Una reforma por fuera de las condiciones jurídicas plasmadas hasta la fecha. Una reforma a la Constitución decimonónica ya harto desgastada por su propio uso y abuso. Una reforma a una Constitución incapaz de ofrecer soluciones a las demandas de una nueva época. Una reforma necesaria pero irrealizable porque estaba anclada a la actuación del Congreso.

Esta vez no estábamos en frente de la coyuntura o de un levantamiento estudiantil pasajero. Esta vez no eran solo unos enmochilados que querían libertad y amor. Esta vez era el pueblo mismo representado en los estudiantes quien reclamaba el derecho, esencia de todo modelo democrático, a darse sus propias reglas. Cuando se entendió, por medio de la Corte Suprema de Justicia, que la voz de los estudiantes era la voz del constituyente primario, el camino al cambio constitucional se libró de todas las aristas y limitaciones que sistemáticamente le habían impuesto para impedir cualquier reforma que no tuviera origen en el Congreso⁸⁵. La expresión del pueblo tiene lugar a través de los estudiantes y la Séptima papeleta. Al respecto dice Hernán Alejandro Olano:

Fueron el movimiento estudiantil promotor de esta idea y autor del artificio de la “*séptima papeleta electoral*”, los medios de comunicación masiva que apoyaron copiosamente este proyecto, y la receptividad del gobierno y de los jueces de constitucionalidad, así como las exigencias de algunos grupos guerrilleros, los gestores de este largo proceso y lleno de vicisitudes que logró soslayar las barreras normativas levantadas por el artículo 13 del plebiscito de 1957 y el artículo 218 de la Constitución contra la apelación a fórmulas contrarias a la democracia representativa, para efecto de modificar el sistema político.⁸⁶

1. Los estudiantes y la Séptima Papeleta

El movimiento estudiantil es el punto de llegada de una suerte de eventos y de actuaciones que entendían la necesidad de hacer una reforma constitucional pero que habían fracasado en su intento de adelantar una iniciativa por fuera de las instancias

⁸⁵ El Plebiscito para la reforma constitucional del Decreto legislativo 0247 del 4 de Octubre de 1957, aprobado por el pueblo, establecía en su artículo 13 que: “*En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución.*”

⁸⁶ Hernán Alejandro Olano García. *Constitucionalismo histórico...* Op Cit., p. 315.

legislativas. Belisario Betancur abogaba por un Diálogo Nacional; Virgilio Barco adelantó un proyecto de reforma constitucional que se hundió en el Congreso; editorialistas, activistas, sindicalistas e intelectuales en Bogotá eran conscientes de la necesidad de una reforma pero jamás pudo cristalizarse tal pretensión⁸⁷. El proceso de paz con los desmovilizados de grupos insurgentes ameritaba un marco normativo y constitucional más amplio. Algunas veces se acudió a Carlos Pizarro para que liderara dicha convocatoria. Pero sus compromisos con la mesa de negociación por la paz y su posterior candidatura a la Alcaldía de Bogotá no le permitieron ocuparse a fondo de un tema tan demandante. La necesidad de reforma parecía evidente, pero el proyecto que más se había madurado en el gobierno de Barco se vino abajo cuando los narcotraficantes quisieron aprovechar la ocasión para acuñar la prohibición de la extradición y asegurarse de paso la imposibilidad de responder ante las autoridades estadounidenses. Este movimiento estudiantil fue un punto de llegada porque albergó en su seno las expectativas y los trabajos aislados de muchos personajes que siempre trabajaron por la confección de dicha reforma. Debe comentarse los primeros acercamientos con Carlos Pizarro, la elaboración de bocetos sobre el plan de trabajo en la sede de Democracia cristiana, la consolidación de mesas de trabajo de comisiones preconstituyentes, las reuniones en el CINEP, la divulgación en prensa (El Tiempo y El Espectador) del manifiesto popular por la reforma constitucional.

El movimiento estudiantil, integrado por jóvenes de universidades privadas de Bogotá (Universidad de los Andes y Universidad del Rosario), en un primer momento, pero que luego contó con el apoyo masivo de estudiantes de las demás universidades, profesores, activistas políticos, intelectuales, sindicalistas y periodistas fue el punto de llegada de una buena voluntad que le dio cuerpo a la necesidad de exigir jurídicamente una reforma sustancial a la Constitución de 1886. La muerte de Luis Carlos Galán fue el

⁸⁷ Dice Jacobo Pérez Escobar: “A raíz del fracaso de la Reforma constitucional propuesta por el Presidente Virgilio Barco, hubo protestas airadas de diversos sectores de la opinión pública, una de ellas incubada y protagonizada en las universidades, especialmente en las de Bogotá. Pero desde mucho antes estudiantes y profesores salieron a las calles a manifestar su descontento y a proponer alternativas de reformas constitucionales, como el plebiscito y el referendo. Así surgió la idea de la séptima papeleta.”

Jacobo Pérez Escobar. Op Cit., p, 208.

detonante de esa sensación de hastío que exigía hacer algo. Tal evento despertó del letargo a una generación que sintió que debía hacer algo. No sabía precisamente qué, ni cómo. Hacer algo por cambiar al país; hacer algo por impedir que el miedo se apoderara de todos; hacer algo por llamar la atención de los líderes de opinión y de la clase política adormecida y corrupta.

El movimiento estudiantil tomó cuerpo luego de una marcha multitudinaria, a pocos días de la muerte de Galán, que tuvo su epílogo en el Cementerio central, donde yacen los restos del enorme líder político, para esa época, candidato presidencial. ¿Qué deciden hacer los estudiantes? Incluir una séptima papeleta en las elecciones que tendrían lugar el 11 de Marzo de 1990. Una consulta no validada por las autoridades electorales, una consulta casi improvisada en términos formales pero determinante en su aspecto estructural por cuanto le preguntaba al pueblo si estaba de acuerdo o no con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que abriera los espacios reales a una democracia participativa.

Para las elecciones de Marzo se decidía el proceso de configuración de Senado, Cámara de Representantes, Alcaldías, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Consulta interna del Partido Liberal. A la par con esos seis tarjetones, se le permitió al pueblo que hiciera explícita su manifestación de voluntad. Fue un acto simbólico, por fuera de la institucionalidad, por fuera del reconocimiento legal pero que tuvo un respaldo popular sin precedentes. A las urnas se acercaron más de dos millones de ciudadanos a decirle “Sí” a la propuesta de reforma. La opinión pública estaba del lado de los jóvenes, de la consulta y de la reforma⁸⁸.

⁸⁸ (i) D’artagnan escribió en la columna de *El Tiempo* el día 11 de Marzo de 1990: “¿Qué hay detrás de la séptima papeleta? Muchas cosas: El resurgir de los movimientos estudiantiles. Sus banderas por la restauración, han tenido impresionante aceptación. No van en contra del orden establecido, ni contra la Constitución, sino contra los vicios y aberraciones que están carcomiendo la validez del sistema.” (ii) El editorial de *El Colombiano* del 11 de Marzo de 1990 señalaba que: “La séptima papeleta es el fruto de un movimiento espontáneo promovido por jóvenes universitarios para dejar constancia histórica de la voluntad popular de reformar la carta por la vía de una Asamblea Constituyente. Se trata de un fenómeno político original, dotado de contenido renovador que apoyamos con entusiasmo y que esperamos demuestre la disposición y el potencial transformador del constituyente primario.” (iii) El editorial de *El Tiempo* del 12 de Marzo de 1990 señalaba que: “La séptima papeleta a favor de una Asamblea Nacional Constituyente recibió una notable acogida donde se dispuso de estos votos. Aunque no tendrá efectos legales, el respaldo a esta papeleta reflejó el mismo espíritu de cambio político y generacional que se dio en otros resultados electorales.” (iv) Francisco Javier Arias, escribió en la columna de *El Colombiano* del 12 de Marzo de

Los jóvenes fueron decisivos para sembrar la esperanza. Sus símbolos fueron el punto de partida de una actuación institucional que se vio obligada a tomar su bandera y llevar ante la Corte Suprema de Justicia una solicitud de reconocimiento legal, de permitir que un nuevo evento electoral de participación que pidiera una convocatoria a Asamblea Constitucional resultara efectivamente reconocido y que en caso de ser favorable, como efectivamente ocurriera, se permitiera la convocatoria de configuración de dicha Asamblea.

2. Sentencia del 24 de mayo de 1990⁸⁹

En la Sentencia 59, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que conoce de la constitucionalidad del Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, se fijan unas premisas básicas sobre el reconocimiento expreso y legítimo del pueblo colombiano por ofrecer medidas significativas que conduzcan a restablecer el orden público luego de seis años de experiencias fallidas dentro del Estado de sitio. En este Decreto se pretende aprovechar la ocasión de elecciones presidenciales que tendrá lugar el 27 de Mayo para preguntarle al pueblo si está de acuerdo con que se convoque a una Asamblea Constitucional, en la que de forma democrática y popular, tomen parte las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación para reformar la Constitución Política. En esta Sentencia, la Corte Suprema de Justicia reconoce que:

i. El Decreto 927 del 3 de mayo de 1990 tiene fundamento en la ocurrencia de varios hechos significativos: (i) el recrudecido accionar de grupos que promueven diversas formas de violencia; (ii) el perturbado orden social requiere de un urgente fortalecimiento institucional; (iii) el anhelado fortalecimiento institucional tiene un profundo respaldo popular, tal como quedó demostrado en las elecciones del pasado 11 de Marzo y, (iv) el Gobierno debe crear una norma que habilite a la Registraduría General de la Nación a contabilizar los votos en los que el pueblo decida si acepta o no

1990: “La jornada electoral se convirtió en un verdadero *jalón de orejas* a la clase política del país, con la llamada séptima papeleta, con la cual los colombianos pidieron un cambio profundo en la política. La opinión general indica que un Asamblea Nacional Constituyente es la única manera de que el pueblo participe activamente en la definición de los cambios que requiere el país. Comenzando por reformar el Congreso que se torna inoperante para responder a las necesidades del país.”

⁸⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 59 de 1990*. Expediente 2149 (334-E).1990.

la convocatoria a la Asamblea Constitucional. Además debe indicarse que con este Decreto no se instala una reforma constitucional en sí misma. No opera con los mismos alcances de un referendo o de un plebiscito. Lo que se inserta en él es la solicitud legal de contabilizar unos votos, que podrían tener lugar en las elecciones del 27 de Mayo de 1990, sobre la posibilidad o no de integrar una Asamblea Constitucional. Dice la Corte Suprema:

Es por lo tanto una norma de naturaleza legal, que adiciona las funciones de la organización electoral y que el Presidente como legislador extraordinario puede tomar válidamente, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Carta. No se debe olvidar que la primera atribución constitucional del Presidente derivada del precepto citado es la de expedir disposiciones con fuerza y materialidad de ley, que tienen la virtud de suspender, modificar temporalmente y adicionar transitoriamente las leyes preexistentes, siempre que, como en el presente caso vayan dirigidas a conjurar la crisis. No puede la Corporación pronunciarse en esta oportunidad sobre un supuesto acto de convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, cuando dicho acto no se ha producido y ni siquiera puede decirse que ocurra con el voto afirmativo de la mayoría de la población mediante la tarjeta electoral que el decreto sub examine ordena contabilizar. Si la autoridad que realice una eventual convocatoria es o no la competente para ello, si la conformación de la pretendida Asamblea y sus funciones desbordan los límites constitucionales y si tienen o no el soporte jurídico-político que deben tener en el marco de un Estado de Derecho las decisiones de los gobernantes, son cuestiones respecto de las cuales la Corte en esta oportunidad no puede pronunciarse por no ser la materia que se estudia en el presente proceso; hacerlo sería un extraño juicio preventivo, a todas luces contrario a los alcances y fines del denominado juicio constitucional.

ii. La ocurrencia de estos hechos, que han desfigurado el orden social e institucional, demuestra con notable claridad que el actual funcionamiento de las instituciones públicas resulta inadecuado e ineficaz. No han sabido responder con celeridad y vehemencia a los reclamos sociales de mayor intervención en el restablecimiento del orden. Su reestructuración resulta necesaria y urgente.

iii. El deseo de cambio no es un reclamo que tenga lugar solo desde la perspectiva gubernamental. Ha sido el pueblo mismo quien se ha declarado a favor de esta necesaria reforma institucional. Las expresiones populares más genuinas han tenido origen en la actuación de todos aquellos sectores que gestaron, lideraron y acompañaron la denominada *Séptima papeleta*, que incurrió en el escenario

sociopolítico con mayor visibilidad en las elecciones del pasado 11 de Marzo. Elecciones que dejaron un claro mensaje: el pueblo, cuando actúa según los cauces del orden jurídico logra sus cometidos, así los partidos políticos oficiales y el gobierno no les ofrezcan su apoyo.

iv. El papel de la Corte Suprema de Justicia, en este caso, no exige calificar la conveniencia o no de la propuesta gubernamental, que encierra en sí misma todo el clamor de un pueblo. No le corresponde predecir si es o no una medida que permita superar la crisis. Su tarea radica en un análisis estrictamente jurídico pero sin dejar de lado la idea que de norma ofrece Elías Díaz:

Las normas constituyen realidades sociales y humanas, productos históricos que se originan en una colectividad para la protección de ciertos fines, valores o intereses reales y concretos. No son entidades metafísicas o simples proposiciones formales; existen las normas para ser aplicadas y realizadas en una determinada sociedad, con resultados y consecuencias también de carácter perfectamente real⁹⁰

v. La revisión jurisdiccional de las normas en manos de la Corte Suprema de Justicia no puede concebirse ni reducirse solo a una simple revisión formal. Debe atender la realidad. No puede mantenerse la idea que la justicia actúa con los ojos cerrados. Por el contrario, debe actuar con los ojos bien abiertos *“los cien ojos de Argos, para escudriñar las reconditeces de la realidad social. El juez constitucional ha sido llamado juez estadista, porque al ejercer el control normativo realiza juicios de valoración política, en el sentido más noble y augusto del concepto, en el sentido aristotélico.”* Los juicios políticos emanados del control constitucional tienen lugar en la confrontación de la norma con un texto que integra las principales reglas del juego político. La actuación judicial en la esfera del control constitucional supera con creces las reflexiones jurídicas que operan en materia de una filiación, una sucesión o una servidumbre. Lo que está en juego en el escenario del control constitucional, en este tipo de eventos, define los límites y los alcances de los derechos de los asociados entre sí, frente a las instituciones públicas y las relaciones entre los diferentes órganos del poder público. Asuntos que oscilan con vehemencia entre la esfera política y la jurídica.

⁹⁰ Elías Díaz. *Legalidad-legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

Tensiones simultáneas entre la parte dogmática y la parte orgánica de nuestra Constitución Política.

vi. La actuación popular ha alcanzado tantos niveles de legitimidad en su demanda por instalar unas nuevas reglas de juego, un nuevo orden constitucional e institucional que permita responder con oportunidad y eficiencia a las actuales fracturas institucionales, que cuenta no solo con el apoyo del Gobierno, la opinión pública, los medios de comunicación y sectores industriales sino que hasta los voceros políticos de grupos alzados en armas han respaldado la propuesta popular de reforma constitucional. Inclusive “han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea.” Este respaldo político al clamor popular no puede ser desconocido por la Corte Suprema de Justicia. Hacerlo podría generar los efectos desastrosos de incrementar la inestabilidad social, política e institucional del país.

vii. ¿Por qué respaldar un proyecto de reforma a la Constitución? Porque como dice Bobbio la Constitución es la institución en la cual se plasma toda una serie de pactos, treguas, acuerdos y compromisos que se da a sí misma la vida política en su intento por remediar el indefinido e inacabado conflicto social⁹¹.

viii. Nuestro actual sistema normativo habilita al Presidente de la República para decretar el estado de sitio de conformidad con unas cláusulas, que aunque son muy amplias, gozan de plena legitimidad porque se desprenden de una autorización expresa del constituyente. La esencia de la declaratoria del estado de sitio consiste en dotar al Presidente de la República de amplias facultades normativas para que asegure el restablecimiento del orden. Las más de las veces tiene lugar la aplicación de medidas represivas. En esta ocasión, la medida sugerida por el Presidente tiene un significado y una pretensión especialmente constructiva que estimula el reconocimiento del mandato popular a la obtención y conservación de la paz en tanto bien social y jurídico supremos.

⁹¹ Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janes, 1985.

ix. Los elementos estructurales del Decreto 927 del 3 de mayo de 1990 son: (i) su contenido es estrictamente electoral consistente en habilitar condiciones institucionales para que tenga en cuenta la votación del 27 de Mayo del presente año con respecto a la necesidad de convocar a una Asamblea Constitucional; (ii) este Decreto no es ni un referendo ni un plebiscito; (iii) este Decreto es coherente con el liderazgo esperado por el Presidente en el contexto jurídico-político latinoamericano, en el que se utilizan medidas jurídicas debidamente preestablecidas para que se pueda registrar la expresión popular con respecto a la convocatoria a la Asamblea Constitucional en la que se pueda fortalecer la democracia participativa y tenga lugar la inclusión de todas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación; (iv) esta iniciativa del Gobierno, autorizada dentro del contexto del estado de sitio tiene plena aplicación para formular medidas muy amplias que tengan como fin el restablecimiento del orden y, (v) desconocer por parte de la Corte Suprema de Justicia esta iniciativa del Gobierno, que goza de pleno respaldo constitucional, que a la vez adopta el reclamo popular más visible de los últimos tiempos, plasmado en las elecciones del pasado 11 de Marzo, no solo sería una torpeza jurídica sino que implicaría cerrarle a Colombia la posibilidad de darse a sí misma una esperanza de paz y de restablecimiento de un orden que se ha diluido con el tiempo dado el recrudecimiento de la violencia. Concluye la Corte Suprema:

No abrir los caminos para registrar esa voluntad, significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada "séptima papeleta", que espontáneamente, se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad. (Consideración jurídica D-3-v)

En atención a todas las consideraciones plasmadas, se declara la constitucionalidad del Decreto 927 del 3 de mayo de 1990 presentado por el Gobierno con el ánimo de restablecer el orden público. Se reconoce entonces que la actuación popular no confiere solo un mandato político sino que autoriza la posibilidad de convocar a una Asamblea Constitucional que reforme la Constitución de 1886.

3. Sentencia del 9 de octubre de 1990⁹²

El Decreto 1926 del 24 de Agosto de 1990, presenta una síntesis de todo el andamiaje popular e institucional fijado en aras de convocar a una Asamblea Constitucional para que sesione entre Febrero y Julio de 1991, de conformidad con unas pautas contenidas en el Decreto. A nivel popular reconoce que ha sido el pueblo mismo quien ha jalonado todo el proceso de necesaria reforma institucional en aras de revertir un desorden público alarmante que alcanza más de seis años de forma ininterrumpida. *“Es el pueblo mismo quien lidera, jalona e inspira esta necesidad de reforma y negárselo podría incidir negativamente en el orden social”*. Resalta que dicha propuesta goza del beneplácito de los principales partidos políticos, de la opinión pública y de los grupos rebeldes en actual proceso de negociación con el gobierno.

A nivel institucional reconoce que fue la Sentencia del 24 de Mayo de 1990 de la Corte Suprema de Justicia la que calificó el pronunciamiento popular como una manifestación revestida no solo de una fuerza política, sino de una fuerza jurídica capaz de validar todo el proceso de convocatoria a una Asamblea Constitucional, en razón de alcanzar un nuevo marco normativo con el cual resulte posible crear nuevas instituciones que respondan con eficiencia a las nuevas demandas que recibe el país. La Corte Suprema de Justicia reconoció el respaldo popular y soberano que ha tenido todo el curso de convocatoria a una Asamblea Constitucional y reconoció además, propio de escenarios políticos latinoamericanos, que es el Presidente de la República quien está llamado a liderar este tipo de procesos de reformas institucionales de tan alta envergadura. En razón de ello, el Decreto tiene por objeto convocar al pueblo para consultarle, el día 9 de Diciembre de 1990, si está de acuerdo o no con que una Asamblea Constitucional se ocupe entre Febrero y Julio de 1991 de discutir y reformar asuntos constitucionales concernientes a: función legislativa, ministerio público, administración pública, régimen de partidos políticos, orden territorial, participación ciudadana, estado de sitio, materia económica y control fiscal.

⁹² Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 138 de 1990*. Expediente 2214 (351-E).1990.

La Sentencia 138 del 9 de Octubre de 1990 proferida por la Corte Suprema de Justicia, MMPP Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, tiene por objeto analizar la constitucionalidad del Decreto 1926 del 24 de Agosto de 1990. En esencia, el problema central que tiene lugar en esta ocasión puede resumirse así: ¿qué debe preferirse: el reclamo de una nación, titular de la soberanía, de ajustar un funcionamiento institucional, que en razón de limitaciones estructurales ha sido incapaz de asegurar la paz y el orden público o hacer que prevalezca la misma voluntad soberana de la nación cuando en el Plebiscito de 1957 señaló que solo el Congreso era el competente para ejecutar por vía de reforma a la Constitución dicho funcionamiento institucional?.

De tal manera que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar si puede el soberano modificar las reglas que unos años atrás había establecido con tanta vehemencia. Ahora el soberano quería reclamar para sí una competencia que había depositado exclusivamente en el Congreso, el cual, según el artículo 13 del Plebiscito de 1957 era el único que podría adelantar reformas constitucionales. La solución a este dilema es crucial para entender el curso que toma el proceso constituyente nuestro, el cual, ha podido estar marcado por un cierto velo de ilegalidad. El pueblo fija unas nuevas reglas de juego saltándose las reglas de juego preestablecidas. El Estado de derecho corre el riesgo de desaparecer. Se crea el derecho pero según la coyuntura éste se altera. Para muchos críticos, el levantamiento popular de la época no es un reclamo legítimo sino una usurpación indebida a las funciones del Congreso. Llaman a la Corte Suprema de Justicia para que no le dé más largas a ese llamado "*capricho ciudadano*." Reiteran que ya hay un orden definido que debe hacerse respetar. Reclaman institucionalidad, legalidad, sujeción a lo escrito, que además estuvo refrendado por el pueblo mismo. La Corte misma está dividida. Las posiciones alrededor de la decisión son ampliamente contradictorias. El país está en vilo. El pueblo soberano es consciente de que su suerte está condicionada al contenido de la sentencia. Llega un momento histórico en el que los debates no pueden prolongarse hasta el infinito. Hay ocasiones en las que debe tomarse una posición y ello implica adoptar preferencias. Es hora de que la Corte haga público su análisis jurídico y político

en torno a la discusión. Ya ha habido tiempo suficiente para leer los conceptos previos de ciudadanos y Ministerio Público.

En manos de la Corte Suprema de Justicia queda la defensa de la institucionalidad o la facultad soberana de reformarla. Su sentencia es contundente: debe aceptarse la posibilidad de que el soberano introduzca las reformas que crea convenientes para asegurar una institucionalidad plenamente eficiente en la solución de los problemas que aquejan al país en dicho momento histórico concreto, dado que las instituciones vigentes han sido inoperantes y sistemáticamente incapaces de restablecer un orden público perturbado por más de cinco años y sin que se avise al inmediato plazo alguna opción de cambio.

Reconoce la Corte Suprema de Justicia que es necesario sacrificar la institucionalidad del momento para fijar un nuevo orden institucional capaz de lograr un nuevo marco de acción institucional que agrupe al mayor número de fuerzas políticas y sumarlas a la construcción de una nueva sociedad donde el horror de la guerra y el miedo que acompaña a la sociedad cesen de forma definitiva.

Los principales argumentos de la Corte Suprema de Justicia para justificar su decisión son:

i. El derecho puede ser descrito a partir de dos variables: una variable lógica y una variable ontológica. En un sentido lógico, el derecho es un conjunto de normas que a manera de juicios hipotéticos, determinan de forma plena y definitiva una realidad. El derecho es producto de la razón y dicha razón se expresa a través de leyes contenidas en el código. El derecho no es susceptible de variaciones detonadas por la coyuntura. Su característica plena es la previsibilidad de las decisiones. El derecho se expresa a partir de relaciones jerárquicas. La existencia de una norma está sujeta a la validez y condición de otra norma que se ubica en una grada jerárquica superior. Sin embargo, esta concepción normativa resulta insuficiente para explicar en sí misma dónde reposa el criterio de validez de la norma que se encuentra en el grado superior de todo el orden jurídico. ¿Si todas las normas que integran el orden jurídico hacen que su validez

repose en la Constitución, de donde se deriva la validez de ésta? Se tiene entonces que el derecho no se basta a sí mismo. Debe salir del orden jurídico para hallar respuesta a sus preguntas fundamentales. Es por ello que resulta necesario acudir a la concepción ontológica del derecho. En esta perspectiva es claro que la validez, la legitimidad y la eficacia alcanzan un grado de integridad tan amplio que terminan por condicionarse entre sí. Solo es válido el derecho eficaz; solo es legítimo el derecho válido y solo es eficaz el derecho legítimo. El derecho se debe a una suerte de valores que dinamizan a los habitantes de un determinado escenario político-jurídico estatal a someterse a una norma. El derecho se debe a las personas, en la realización de su vida social está la plenitud del derecho. De tal manera que no puede perderse de vista que todo el reclamo popular por la consagración de un nuevo marco institucional solo tiene un sentido: alcanzar la paz. La Corte Suprema de Justicia considera que el principal criterio de análisis con el cual se debe acercarse al Decreto 1926 del 24 de Agosto de 1990, no se encuentra en el Plebiscito de 1957 y en el artículo 218 superior sino en la búsqueda de la paz, valor harto necesario en el momento histórico en que el contenido del Decreto es conocido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. (Consideración jurídica # 4).

ii. La Corte Suprema de Justicia reconoce que el Decreto 1926 del 24 de Agosto de 1990 es expresión del soberano. La soberanía es una sola e indivisible. No existe otro poder soberano que el que ostenta la nación. No existe un poder superior o paralelo al que ostenta la nación. Del poder soberano emana el poder público y de él recibe su capacidad para actuar. La Constitución de 1886 reconoce expresamente que la soberanía reside en la nación, y la nación es el pueblo mismo. El pueblo soberano goza siempre, y en todo momento, de la facultad y de la competencia plenas para darse a sí mismo una Constitución, sin atenerse a lo preestablecido en la Constitución vigente. El pueblo es el constituyente primario, del cual emana todo poder constituido. El poder constituyente primario tiene plena competencia para seguir adelante su proyecto de reforma a la Constitución sin más límite que el él mismo se trace. (Consideración jurídica # 5)

iii. La Corte Suprema de Justicia continúa su propia línea argumentativa en la que considera que el poder constituyente primario escapa a cualquier tipo de control jurídico o político por parte de todo órgano constituido. No puede fijársele más límite que los que el mismo poder constituyente primario fije para sí. El poder soberano no está sujeto a las normas que le precedan su actuación. Las sentencias del 28 de Noviembre de 1957 y del 9 de Junio de 1987, que retoma en este caso la Corte Suprema, son muy claras en indicar que la actuación del constituyente primario, poseedor pleno del poder soberano escapa a cualquier control judicial o político⁹³. No puede haber más límites y condiciones que los que él mismo se establezca. *“El Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos.”* (Consideración jurídica # 6). Es por ello que para la Corte Suprema de Justicia, lo único que debe declararse inexecutable del Decreto es que determine una serie de temas sobre los que la Asamblea Constitucional deba circunscribirse. El poder constituyente primario, poseedor de la soberanía, queda libre para iniciar el proceso de organización electoral que el 9 de diciembre de 1990, habrá de determinar quiénes han de integrar el cuerpo constituyente encargado de plasmar en la Constitución todos los nuevos ideales de una nueva Colombia.

⁹³ Igual posición ha adoptado la Corte Constitucional. Órgano creado con la Constitución de 1991 a quien se le confía expresamente, de conformidad con el artículo 241 superior, la guarda de la supremacía de la Constitución. Esta Corporación se ha pronunciado sobre el poder constituyente en los siguientes términos: **Sentencia C-544 de 1992**. MP Alejandro Martínez, es un poder absoluto, ilimitado, permanente y exento de control jurídico, toda vez que su actuación es político-fundacional. Es un poder que precede al derecho. Representa la esencia del derecho y por lo tanto, puede modificarlo según sea su voluntad. La validez de sus actos no está enmarcada por el ordenamiento jurídico, porque es precisamente dicho orden, el que resulta susceptible de modificación. La validez del poder constituyente reposa en la voluntad política de los asociados. (Consideración jurídica # 10). **Sentencia C-551 de 2003**. MP Eduardo Montealegre Lynett, reconoce la existencia y expreso poder que reposa en el pueblo bajo la cláusula de poder constituyente primario, originario. Reconoce que es un poder fundacional de naturaleza política que tiene la competencia para alterar y revertir el orden jurídico presente sin incurrir en algún tipo de ilegalidad. El poder constituyente primario tiene la competencia para fijar los nuevos valores y los nuevos principios fundacionales del Estado y de la sociedad. El respaldo social es garantía necesaria para obtener la legitimidad deseada. Por otro lado, está el poder constituyente secundario, derivado o estatuido. Es el poder que ostentan ciertos órganos estatales para modificar el texto constitucional. Es un poder que permite modificar la Constitución pero le prohíbe instalar una nueva. Existen ciertos temas a los que le está vedada la actuación del poder constituyente constituido. Su actuación no es exclusivamente política y tampoco es fundacional. Sus actuaciones están determinadas por el texto constitucional y por los bastiones institucionales que ha fijado el poder constituyente primario. No son poderes análogos ni jerárquicamente iguales. Existe un orden lexicográfico entre uno y otro. Siempre ha de prevalecer la voluntad del poder constituyente primario sobre el secundario. El poder constituyente constituido o secundario no puede pretender sustituirle o desconocerle. Precisamente porque debe mantenerse la prevalencia de un poder sobre otro, el poder constituyente constituido es susceptible de control jurídico, formal y material. (Consideración jurídica # 29).

4. A manera de conclusión

El proceso constituyente que dio lugar a la expedición el 4 de Julio de 1991 de nuestra Constitución Política vigente, fue resultado de una sumatoria de factores que oscilan entre la conciencia política y la repulsión por las formas tradicionales de dirigir las instituciones públicas. La cadena sucesiva de la violencia tocó fondo con el magnicidio de Luis Carlos Galán. Quienes eran espectadores amedrentados vencieron el temor y se lanzaron a las calles de forma alegre, espontánea y legítima para recoger un sentir popular que reconocía en los jóvenes estudiantes el valor para reclamar lo imposible: una reforma constitucional. Era tal el caos institucional en la década del ochenta que una reforma al Código Penal o una corrección a la Política Criminal, resultaban insuficientes. Los enemigos del gobierno parecían impunes a las leyes ordinarias. El cambio debía ser de fondo. Y como dicho cambio solo dependía del Congreso, que estaba bien igual de amedrentado o bien cooptado por la misma maquinaria criminal de los narcotraficantes, hacía evidente su desinterés porque tal cambio tuviera lugar. Es cierto que el pueblo estaba intimidado pero la intimidación no podía prolongarse de forma ininterrumpida hasta el infinito. Cuando los estudiantes actuaron como si hubieran vencido el miedo despertaron una sonrisa de esperanza en los medios de comunicación, los obreros, los intelectuales, los desmovilizados y los activistas políticos tradicionales.

La Séptima papeleta significó la posibilidad de la ciudadanía de darse una nueva oportunidad de recobrar el aliento. Las condiciones sociales, políticas, históricas y culturales así lo demandaban. Solo quedaba sobreponerse al último obstáculo: el jurídico. El sistema normativo vigente le negaba al pueblo la posibilidad de adelantar reformas constitucionales. Pero la Corte Suprema de Justicia, tal como consta en las sentencias del 24 de Mayo y del 9 de Octubre de 1990, entendió que no era una simple masa coyuntural la que llamaba a su puerta. Lo que había en los decretos que solicitaban autorización para cuantificar los votos del 27 de mayo y la convocatoria explícita a la conformación de una Asamblea Constitucional, tenía la impronta del pueblo soberano; de su único titular; del órgano institucional que goza de facultades para no estar limitado por la normatividad que le precede. Estaba en frente del poder

constituyente primario que reclamaba su capacidad para redactar un nuevo texto constitucional. En atención a su naturaleza, la Corte Suprema de Justicia, en medio de muchas dificultades y tensiones internas porque no fue un asunto pacífico, entendió que no había razones jurídicas y políticas para negar tal solicitud. Ya quedaba en manos del pueblo mismo lo que a bien tuviera decidir en las elecciones del 9 de Diciembre de 1990.

Sección Segunda. De la participación de la Fuerza Pública en el Proceso Constituyente Colombiano

Esta sección tiene por objeto describir todo el conjunto de debates alrededor de las propuestas allegadas a la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la Fuerza Pública. Estos debates tuvieron lugar en la Subcomisión de Fuerza Pública, la Comisión Tercera Constituyente y la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente y fueron decisivos para explicar el desarrollo sobre la Fuerza Pública contenido en los artículos 216 a 223 superiores.

1. Una Constitución para la paz

El proyecto de recuperación social respaldado por el malestar comunitario era representado por la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea representaba la oportunidad de una Nación para reconciliar la historia de un pueblo que se había sometido, por un devenir menos que consciente, a las reglas de la barbarie, a los designios de una política inerte, al poder de un Estado del que sus instituciones no representaban más que clientelismo y cuyos funcionarios eran sujetos petrificados que ostentaban un estatus de ventaja sobre un pueblo confundido; aquellos mismos sujetos aplicadores de unas leyes no menos confusas que los tiempos que regulaban. El momento poseía, pues, sus causas y sus actores. Un electorado inmóvil, insensible, desconectado y guiado por la inercia de una parquedad política, unos partidos políticos clásicamente inanimados y aparentemente cercanos a una clase política conformada con lo alcanzado hasta estos tiempos y unos grupos armados acercando su revolución teórica a la nueva praxis del paradigma narcotraficante.

La década de los ochenta concentró los fenómenos y conjuró una guerra barbárica. Una guerra en todos los frentes, abierta y sin demarcaciones. La nueva praxis, el narcotráfico, presidía un escenario de confrontación franca contra el Gobierno que al mismo tiempo permeaba a la sociedad y concretaba la guerra ideológica que amenazaba el poder democrático; se libraba, además, otra sin escrúpulos en contra de la clase política que no dejaba ver futuro y en el que la población civil mediaba y sufría las consecuencias. Sin embargo, no era necesario buscar culpables, en una nación constantemente atacada por el fantasma de no poseer memoria y ahora con evidente poca esperanza. Lo que en la oportunidad de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991 se jugaba era la esperanza, el futuro de una sociedad democrática y sólida que abriera la puerta a la comunidad social diversa, a la integración de sectores negados y la reconciliación de otros que habían prometido el cambio pero de cuyo proyecto se había desvanecido. Además de ello, lo que se jugaba era la apuesta por una sociedad con bases firmes, con sujeción a la legalidad, donde los hombres fueran un fin en sí mismos y no meros objetos de relativización de las leyes en casos extraordinarios; una sociedad donde el hombre fuese el dinamizador de tal Estado de derecho. Así se pronunciaba la prensa escrita aquel 9 diciembre de 1990, el día de la elección de los Constituyentes:

La jornada electoral de hoy tiene una importancia histórica incomparable. Supera todas las demás celebraciones naturales de nuestra democracia. Se pretende escoger, con la participación del pueblo en su soberanía, el grupo calificado de ciudadanos que tendrán a su cargo, la definición de la filosofía y el marco jurídico del Estado, para que la carta fundamental sea instrumento fundamental de reconciliación y paz, y garantía perdurable de convivencia. Hoy, domingo, quedarán elegidos los responsables de dar el gran paso de la reforma renovadora y conducir el país hacia el futuro⁹⁴.

La paz estaba allí, no solo en su consagración como derecho fundamental; estaba en la oportunidad de integración de los pueblos étnicos, de los actores armados, de las diferentes formas de familia, en el reconocimiento de la diversidad, en el respeto por la libertad y las garantías mínimas absolutas de los individuos en todo momento, en la fijación de una estructura estatal fuerte, clara y precedente donde el orden y los medios

⁹⁴ Periódico El Colombiano, 1990, 9 de diciembre, p. 5A.

de coacción comprendieran límites y respetaran los procedimientos; en una exaltación del orden democrático que aspirara acercar al hombre a las instituciones y a reconocer en la ley el principio de la libertad y garantía que nos hemos dado. En estos términos se pronunciaba el delgado Rojas Birry:

Colombia deberá reconocerse en la unidad de la diversidad. Negros, indios, raizales, isleños, mulatos mestizos, zambos y blancos, son una prueba inequívoca de esta diversidad amparada bajo una misma patria y reconocida por encima de todo como colombiana. La unidad nacional se afianza entonces partiendo de la diferencia y abriendo espacios para que esos valores se manifiesten, fortaleciendo con ello nuestra Nación. Si el ordenamiento social está roto, a lo menos que podemos aspirar es a recomponerlo. Esta elevada misión requiere en primer lugar la búsqueda y obtención del consenso, la resolución pacífica de los conflictos y la garantía de una pronta justicia. El pueblo colombiano quiere que la nueva Constitución sea un tratado de paz, entendida ésta no sólo como la dejación de las armas y el monopolio de la fuerza en manos del Estado, sino también como una adecuada distribución de la riqueza y la posibilidad de desplegar nuestras inmensas capacidades creativas en un ambiente de libertad y fraternidad⁹⁵.

2. La Fuerza Pública en el esquema de la paz y su función constitucional

El proyecto de la paz representado en una nueva Constitución, la primera de la historia producto de una Asamblea Constituyente elegida por votación popular, significaba buscar el restablecimiento de un orden democrático gobernado por orientaciones constitucionales de tipo orgánico y dogmático. Las instituciones oficiales del Estado presentaban una crisis a la cual se había llegado por esas condiciones políticas y sociales que se habían desarrollado en las últimas épocas. Por tanto, el restablecimiento del orden estaba radicado en el espíritu de la nueva Constitución.

La legitimación constitucional de las instituciones era el reto de los hacedores del nuevo marco fundamental. Esa legitimización que abonara el camino para que los ciudadanos respaldaran el nuevo proyecto, desarrollaran la oxigenada comunidad política y se mantuviera el orden anhelado. El nuevo paradigma democrático para el Estado colombiano se sustentaba en la disposición de una sociedad con instituciones sólidas

⁹⁵ Rojas Birry. (Marzo 30, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (29), p. 20.

que aspiraran al mantenimiento del orden público⁹⁶ y evidenciaran un consenso social que legitimara el ejercicio del poder político. Un Estado sin un orden democrático y legítimo jamás podía aspirar a la consecución de la paz o al menos al mantenimiento de las instituciones que trabajan por su realización. La idea del orden político estimulaba el proyecto que se debía articular; ese orden político presentado en una relación de mandato y sometimiento, autocondicionado como ordenado y ordenador; con el objetivo de propiciar las condiciones para su aceptación y su eficacia.

Las condiciones de un orden democrático y político que se tenían en la retina debían generar la conciencia de que el medio, esto es, la fuerza, la coerción propia de todo poder político y democrático por el que se instituye el poder político en una sociedad democrática tendría que ser evaluado y considerado según las condiciones que precedían las relaciones de la sociedad civil y las instituciones. Una Constitución pensada para la paz debía considerar el uso de la fuerza como un asunto de carácter fundamental en función de dar protección y de garantizar un orden de seguridad y de respeto de las prerrogativas fundamentales que pretenden un orden justo y pacífico. En un proyecto constitucional pensado sobre una reformulación dialéctica de la relación entre coerción y paz se ubicaba el órgano estatal de coerción y sometimiento por excelencia: la *Fuerza Pública*⁹⁷. La Fuerza Pública representa la función del monopolio de la coerción en un Estado sometido a la legalidad, resalta con mayor relevancia la relación que en el devenir de su aplicación, el Estado contingentemente tiene con los ciudadanos, sujetos pasivos de la fuerza. Su posición en el marco institucional debía condicionar su análisis en tanto que la coerción y sus prerrogativas respaldan al Estado de derecho y fundamentan las demás instituciones. La aspiración de los constituyentes encontraba en esta institución un asunto imperioso a tratar en el plan de consolidación

⁹⁶ Orden público, es el estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta (Real Academia Española, 2001).

⁹⁷ “Las Fuerzas Armadas son una institución básica de todo Estado, no importa su forma de organización, su nivel de desarrollo, su modo de gobierno o su tradición histórica y cultural (...). El derecho interno es respaldado por una capacidad de coacción indispensable, la existencia de una administración monopólica de la violencia legítima (...). La propia creación de los Estados se produjo gracias a la obra libertadora de sus ejércitos” (Moncayo, 1995, p. 11. Hemos utilizado esta definición para ilustrar el concepto de *Fuerza Pública* dada su pertinencia, en el sentido que expresa, de forma clara, lo que se trata respecto al tema y sin pretender el tratamiento indistinto de la institución de la Fuerza Pública y el cuerpo particular de las Fuerzas Armadas; comprendiéndose, entonces, las diferencias conceptuales que más adelante se abordarán.

del nuevo orden. La Fuerza Pública dada su condición, mediada por su situación y la aspiración de paz, justificaba su importancia para la Asamblea Nacional Constituyente.

3. La Fuerza Pública en la perspectiva constituyente: antecedentes y situación

La Asamblea Nacional Constituyente concentraba su labor de reformular la función e institución de la Fuerza Pública comprendiéndola como un asunto de orden orgánico y constitucional que debía estructurar de forma coherente los organismos que ejercían el monopolio de la coerción estatal sobre la sociedad civil. La principal labor consistía en esa estructuración, comprendía unificar e integrar a los cuerpos de fuerza de la Nación definiendo sus funciones, límites y naturaleza. La Fuerza Pública en Colombia poseía, como lo veía la necesidad, una desarticulación que había generado un número determinado de problemas cuyas consecuencias eran agravadas por las condiciones de violencia; el consenso de los constituyentes expresaba la necesidad de “*desmilitarizar la vida pública*” y constituir las fuerzas del Estado en protectoras, con una función cercana al ciudadano.

Si bien la Constitución de 1886 había marcado el giro en cuanto a la concepción de la Fuerza Pública como institución permanente y restrictivamente estatal dependiente de la Nación⁹⁸, las consecuencias de tener una Constitución desactualizada y ajena a los sucesos de más de un siglo agravarían más la situación función-estructural del despliegue del monopolio de la fuerza estatal. El texto constitucional rezaba así:

Artículo 165. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las

⁹⁸ En las épocas previas a la Constitución de 1886 no existía fuerza pública unificada, las épocas de guerras civiles regionales marcaron una fragmentación de la sociedad y como consecuencia una fragmentación del ejército libertador existente desde las batallas de independencia. La convulsionada realidad socio-política, la consolidación de los partidos políticos y la particular predominancia del papel del caudillismo militar en su estructura, además de los fenómenos de “gamonalismo” en las regiones sustentados en esos caudillos que participaron en las guerras de independencia, soportan la insuficiencia de una estructura de coerción estatal determinada en el siglo XIX (Atehortúa & Vélez, 1994). Así se relata en el texto de la referencia: en el que también se ilustra: “...tras la derrota de Melo se redujo el Ejército a una simple “guardia nacional” con menos de mil hombres en 1854, reconociendo al tiempo la libertad para el comercio de armas y la posibilidad para cada oligarquía regional para instituir su propia milicia. Como resultado, el Ejército a partir de 1863 se atomizó en numerosas milicias al servicio de los intereses privados de los grandes propietarios de la tierra y en siete “montoneras” que operaban como base armada en cada uno de los estados soberanos.” (Atehortúa & Vélez, p, 26)

instituciones patrias. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.

Artículo 166. La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares.

Artículo 167. Cuando no se fijare por ley expresa el pie de fuerza, subsistirá la base acordada por el Congreso para el precedente bienio.

Artículo 168. La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima; ni dirigir peticiones, sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército y con arreglo a las leyes de su instituto.

Artículo 169. Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley.

Artículo 170. De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código penal militar.

Artículo 171. Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 1986: La ley podrá organizar y establecer una milicia nacional, (República de Colombia, 1886).

La tarea de la Asamblea Nacional Constituyente consistía, en un primer término, en la ratificación constitucional del marco estructural del cuerpo de las Fuerzas Militares y en la comprensión de la Policía Nacional como cuerpo de la Fuerza Pública elevado a canon constitucional⁹⁹, instrumentalizando su orden y su naturaleza civil. Las discusiones de la Subcomisión Cuarta de Fuerza Pública de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se determinarían, entonces, por aquel objetivo; sin embargo, el espíritu de esa fundamentación consistía en solventar una serie de realidades sociales e históricas que incumbían en la necesidad de reformulación de las instituciones de la Fuerza Pública y por lo tanto las determinaban.

Los Constituyentes tenían, entre manos, un devenir de las instituciones de la Fuerza Pública comprometidas en las condiciones de violencia y de alteración de la vida de la sociedad civil; los motivos que soportaba en común la nueva ordenación constitucional

⁹⁹ El Decreto 1814 del 13 de junio de 1953 integraba a la Policía Nacional a la estructura de la Fuerza Pública: "las Fuerzas Armadas comprenden: el Comando General de las Fuerzas Armadas, el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y las Fuerzas de Policía"; asimismo, el Artículo 3° indica: "la Policía Nacional pasará, desde la fecha de expedición de este decreto, a formar parte activa del Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, con presupuesto y organización propios, y prestará los servicios que por ley le corresponde" (Presidencia de la República de Colombia, 1953).

se exponían señalando a las Fuerzas Militares de haber desconocido su función primigenia (la defensa de la fronteras), y como consecuencia de ello haber terminado en un enfrentamiento directo con el propio pueblo que habría degenerado en una consistente violación de sus derechos agravada por el juzgamiento de civiles en tribunales militares; además, de una impunidad generalizada por la indebida y desregulada aplicación del fuero militar. El papel de la Policía Nacional no era menor, sometida al Ministerio de Guerra (Defensa) desde 1960, bajo la dirección de oficiales del Ejército y con el auge de las doctrinas de seguridad nacional de las décadas de 1960 y 1970; se provocó que se vincularan sus funciones al campo de la defensa y del restablecimiento del orden constitucional. Las consecuencias de tal sobrevenir convirtieron a la institución policiva en un cuerpo militar en que el mando de la convivencia ciudadana quedaba sometido únicamente a un establecimiento “castrense, aislado de la ciudadanía”¹⁰⁰ Esas situaciones conflictivas que se presentaron pueden resumirse de la siguiente manera.

3.1 La Fuerza Pública y las agresiones a la población civil.

La desnaturalización de las funciones de la Fuerza Militar y la Policía Nacional correspondieron a las épocas en las que el conflicto armado con las fuerzas insurgentes y el conflicto institucional con los carteles de la droga alcanzaron su punto más coyuntural. Son suficientes los ejemplos de la historia para evidenciar la alteración de orden público que se presentaba. Los ataques contra las instalaciones del máximo tribunal de justicia y el asesinato sistemático de miembros de la Policía así como los atentados a las estructuras de la vida civil, solo por mencionar algunos, clamaban por una necesaria intervención en aquellas turbias condiciones que no evadirían mostrar a un Estado impotente e insuficiente para restablecer el orden. Un Estado que no produciría más que pobres remedios y atropellos desmedidos con ninguna solución. En este escenario de “*Militarización del Conflicto*”¹⁰¹ se configuraron los directos abusos

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-453 de 1994, (1994).

¹⁰¹ El término es abordado por el mismo Palou que en desarrollo de tal, dijo: “El origen de esta tendencia puede encontrarse en las llamadas brigadas cívico-militares. Esta forma de actuación del ejército se origina en las concepciones de la guerra de contrainsurgencia que fueron promovidas desde la segunda post-guerra por los Estados Unidos. Consistían en el acercamiento a la población campesina de las zonas con presencia guerrillera, para atraer su

consistentes en las limitaciones de las garantías constitucionales y la persecución de civiles por los agentes de la Fuerza Pública. En este aspecto expresó Juan Carlos Palou:

Desde 1948 hasta 1990, Colombia vivió un proceso de normalización del "estado de sitio". Esta era la denominación que la recientemente reemplazada constitución de 1886 le daba a los estados de excepción. Desde 1965 se convirtió en práctica usual, durante los estados de sitio, entregarle a la justicia penal militar la investigación y juzgamiento de los delitos comunes o políticos cometidos por civiles. Dicha práctica subsistió hasta 1987, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró que era inconstitucional esa transferencia de competencia. Sin embargo, esa práctica acabó entroncando con alguna de las estrategias propias de la teoría de la seguridad nacional y, en 1978, acabó produciendo: el llamado estatuto de seguridad, decreto N1 1.923 de 1978, que cumplía todos los requisitos de las legislaciones originadas en dicha teoría: violaciones al principio de tipicidad, a través de la penalización de conductas que no son objetivamente vulneradoras de intereses de la comunidad, o mediante expresiones vagas que se prestan para incluir toda serie de comportamientos; obstaculización del ejercicio del Habeas Corpus o su eliminación total; suspensión de los derechos de reunión, asociación y otros de igual significación política, etc.¹⁰²

La antidemocrática práctica, por no llamarla de otro modo, declarada inconstitucional por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1987 contrastaba con la todavía vigente institución de la retención administrativa de personas, uno de esos funestos mecanismos contra la libertad de los ciudadanos. La particular facultad

simpatía mediante la realización de obras públicas, brigadas de salud y procesos educativos de alfabetización. Todo ello orientado a prevenir o romper los vínculos que los grupos insurgentes hayan creado con los pobladores de esas áreas. La profundización de estas estrategias llegó hasta el punto de impulsar, en determinadas regiones, procesos de reforma agraria dirigidos por el ejército. La consecuencia de estas acciones es la militarización de vastas zonas campesinas y el suplantamiento de las autoridades civiles que por ley estarían obligadas a prestar dichos servicios. Esta modalidad de acción no sería censurable de no ser por el hecho de que está guiada por consideraciones de carácter eminentemente militar y debido a ello se presta al ejercicio de prácticas intimidatorias que, en muchos casos, implican serias violaciones de los derechos humanos. Esta estrategia como tal ha languidecido en los últimos años, pero de ella queda la tendencia a la militarización de las zonas con presencia subversiva. Asimismo, como producto de la tendencia a la militarización de la sociedad, encontramos una particular concepción que identifica presencia del Estado con la presencia de las fuerzas armadas y de policía. Es decir, aquellas zonas en que las acciones de las entidades de servicio civil del Estado no llegan, vienen a ser copadas con la fuerza pública. Con ello, el ciudadano que habita esas regiones se encuentra con un Estado cuya principal manifestación es de carácter represivo. Se agudiza así la crisis de legitimidad y se aumenta el desprestigio del ejército que no está capacitado para resolver los múltiples problemas sociales de esas regiones. Otra manifestación del fenómeno que estamos tratando es la subordinación de la policía nacional al Ministerio de Defensa y su consecuente militarización, hasta el punto de que gozan de fuero militar para su juzgamiento.” (Palou, 1993, p. 6).

¹⁰² Juan Carlos Palou. *Las Fuerzas Armadas y la transición constitucional en Colombia*. Revista Fuerzas Armadas y Sociedad, Año 8, (4), 1993, p. 6.

otorgada por la Constitución de 1886 a las autoridades de policía para expedir ordenes escritas de detención, constituía una más de las amenazas a la libertad individual¹⁰³.

Sin embargo, y con todo lo gravoso que esto pudiera parecer no significó más que lo funesto de las denominadas actuaciones para-institucionales, una participación de sectores de la Fuerza Pública en actividades paramilitares y los indicios sobre su responsabilidad en violaciones de los derechos humanos:

En la Constitución de 1886 se contemplaba la posibilidad de crear "milicias nacionales". Con base en dicha norma, se expidió un decreto de estado de sitio que autorizaba a las fuerzas armadas a crear grupos de "autodefensa" campesina, dotados por el ejército de armas de uso privativo de las fuerzas armadas. Dicha norma fue derogada expresamente por el Congreso en 1987, pero algunos de esos grupos continuaron actuando en la ilegalidad. En esas circunstancias, se produjeron alianzas con el narcotráfico o con sectores políticamente reaccionarios para combatir a la guerrilla, aunque la principal víctima fue la población civil que resultó azotada por genocidios, masacres o coacción armada. Es claro que no ha sido política oficial del ejército propiciar este tipo de actuaciones, pero es también cierto que algunos mandos subalternos o medios han acudido a ese expediente para imponer objetivos políticos locales o regionales¹⁰⁴.

3.2 La Fuerza Pública y el Estado de Sitio

Luego de los disturbios generados con el magnicidio de Jorge Eliécer Gaitán, la figura del estado de sitio tomó una fuerza sin precedentes. Esta condición, contenida en el artículo 121 de la Constitución de 1886, facultaba al ejecutivo para disponer del pie de fuerza necesario para repelar el orden y fijar un marco normativo superior al expedido por el Congreso. La excepcionalidad era la regla en un Estado en el que se había relativizado todo límite que marca la legalidad de uno mismo sometido al derecho. Tal relativización era determinada por impulsos de emergencia sintetizados en medidas de urgencia que no abordaban sino una situación inmediata y dejaba de lado la totalidad del problema. La dificultad misma, que no se remediaba, era la relativización de los asuntos del orden democrático desfigurados con una sola consecuencia: la muerte del presupuesto democrático.

¹⁰³ El texto constitucional vigente hasta la promulgación de la Constitución de 1991, solo prescribía a la orden de detención al "mandamiento de autoridad competente".

¹⁰⁴ Juan Carlos Palou, Op. Cit., p. 8.

Ya se advirtió, la vulneración a los Derechos Humanos por la amputación sistemática de las garantías constitucionales y las libertades públicas. Resalta aquí, en desarrollo de la idea del orden, el menoscabo y desprecio por el orden jurídico, su función ilegítima al aplicarse leyes gobernadas por la inestabilidad jurídica que provocaban las medidas contingentes. El debilitamiento de las autoridades de justicia y la restricción de sus competencias contrastaba con el fortalecimiento de los medios administrativos para la represión soportada en el fundamento de urgencia. La celeridad y la eficacia soportaron el uso de la herramienta del derecho penal como el único medio para hacer frente a las dificultades¹⁰⁵. Un derecho penal para el régimen político en función de la obligación del orden que fortaleció al aparato militar en tal forma. La fundamentación de la idea de urgencia y el mensaje de una justicia ordinaria ineficaz para atacar los males del conflicto desarrollaron aquel sistema de justicia de orden público en principio encargado al órgano militar. Sobre esto Andreu-Guzmán comentó:

A la regulación del Código de Justicia penal militar, habría que sumarle la de las medidas de excepción adoptadas en estado de sitio y que ampliaban exorbitantemente el ámbito de competencia de los tribunales militares. Bajo los poderes de excepción, de manera sistemática, se le dio a los tribunales militares competencia para juzgar civiles. Estos eran juzgados, generalmente, mediante los procedimientos del Consejo Verbal de Guerra o del Procedimiento Especial. Valga recordar que, de noviembre de 1958 a junio de 1982 y de mayo de 1984 a julio de 1991, Colombia vivió permanentemente bajo estado de sitio y que, por ejemplo, entre 1965 y 1986 fueron expedidos 42 decretos, facultando a los tribunales militares para procesar civiles...¹⁰⁶

El juzgamiento de civiles por parte de tribunales castrenses se concibió como herramienta de una política criminal encomendada al órgano militar que constituía una de las situaciones problemáticas más graves; de esto no se escaparon, incluso, los mecanismos introducidos luego de la declaración de su inconstitucionalidad. Una vida institucional y colectiva deformada era el paradigma reformulación en el proyecto de la nueva Constitución sobre idea democrática del orden público.

¹⁰⁵ Mauricio García Villegas. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. En: Sousa, B. & García, M. (Eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Tomo I) (pp. 317-370). Bogotá: Siglo del hombre Editores – Universidad de los Andes, 2001.

¹⁰⁶ Federico Andreu-Guzmán. *Fuero Militar y Derecho Internacional*. Bogotá: Comisión Internacional de Juristas – Comisión Colombiana de Juristas, 2003, p, 210.

3.3 La Fuerza Pública y el Fuero Militar

La excepcionalidad de un Estado perturbado dejó también sus consecuencias en la institución del Fuero Militar de cuyo desarrollo en tan difíciles épocas hubo que también lamentar. Desde la promulgación de la Constitución de 1886 que en el artículo 170 instituía el juez natural para la corporación militar, hasta la fecha de las discusiones constituyentes se ejecutaron más de 10¹⁰⁷ alteraciones y modificaciones a la disposición original. Sistemáticamente, los poderes extraordinarios otorgados al ejecutivo tendieron a ampliar las competencias de los tribunales castrenses que tenían bajo su jurisdicción no solamente la investigación, instrucción y enjuiciamiento de cualquier delito cometido por los miembros de la Fuerza Pública, sino que también, en varias épocas, la

¹⁰⁷ Siguiendo el trabajo de Cermenteno Petro sobre el fuero penal militar en Colombia, podemos resumir el siguiente marco normativo: Ley 28 de 1905. Estableció la competencia para juzgar delitos comunes de los miembros del Ejército o miembros de fuerzas revolucionarias durante la Guerra de los Mil Días a la jurisdicción penal militar (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1905). El Decreto Legislativo 67 del 15 de Enero de 1906 declaró perturbaciones en el orden público y dispuso que “Este estado de sitio durará hasta que la Corte Marcial dicte su fallo en la causa seguida contra los conspiradores que han sido llamados a juicio.” (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1906). El Decreto Legislativo 2 de 1928, estatuyó con ocasión de la huelga de las bananeras, los hechos que se constituyeran en objeto de persecución penal contra particulares serían conocidos por los consejos de guerra verbales (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1928). La Ley 84 de 1931, en su artículo segundo estableció que la ley de justicia militares entendida por “1. La organización de la Justicia Militar, 2. El procedimiento en los juicios militares, y 3. Los delitos militares y sus penas” (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1931). El Decreto 2180 de 1944 consagró las rebeliones de tipo militar no consagradas anteriormente (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1944). Decreto que fue acogido como legislación permanente por la Ley 3 de 1945, que también derogó la ley 84 de 1931 y demás disposiciones contrarias (Congreso Nacional de la República de Colombia, 1945). El Decreto 171 de 1952 estableció que “Los miembros del Cuerpo de la Policía Militar que en actos del servicio o fuera de ellos cometieren cualquier delito de los contemplados en el Código Penal Militar incurrirán en las sanciones allí establecidas para tales delitos y su juzgamiento corresponderá a la Justicia Penal Militar por el Procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales” (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1952). El Decreto 2311 de 1954 dejó sin competencia a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de los recursos de casación y de revisión, y creó una Corte Marcial para conocer de tales recursos (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1954). El Decreto 1426 de 1954 dispuso en el artículo 1: “De todos los delitos que cometan los miembros de la Fuerza de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar” (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1954). Con el Decreto Ley 0250 de 1958 se expidió en tiempos de la Junta Militar el Código de Justicia Penal Militar, con él se amplió el ámbito de aplicación del fuero e incluyó delitos comunes bajo triplicación militar y extendió su aplicación a los miembros de la Policía Nacional. Y dejó el conocimiento de cualquier delito común cometido por militares en servicios activos o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempos de guerra, conflicto armado o perturbación del orden público (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1958). El Decreto 1667 de 1966. Estatuto Orgánico de la Policía Nacional, dispuso: “El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio activo o por causa del mismo o de funciones inherente a su cargo cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen” (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1966). Con el Decreto 2550 de 1988, producto de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por la ley 53 de 1987, se expidió un nuevo Código Penal Militar que amplió el campo de aplicación del fuero penal militar que dio competencia para conocer de cualquier delito cometido por militares oficiales, suboficiales y agentes de policía en cualquier tiempo (temporalmente, en tiempos de guerra o de paz) e incorporó nuevos delitos al fuero, entre los cuales la tortura y otras formas de detención arbitraria destacan (Gobierno Nacional de la República de Colombia, 1988).

persecución y juzgamiento de civiles. Para la época de las deliberaciones, constituyentes mostraban datos que mencionaban la labor de los tribunales marciales. Procesos puramente militares como la deserción, que se habían conocido y adelantado correspondían al 72% y el abandono del servicio o delito de centinela 6%; mientras que la persecución de sus miembros por violaciones de Derechos Humanos eran mínimos como en los casos de tortura que habían sido solo el 0.05%¹⁰⁸ (Ortiz-Sarmiento, Marzo 30, 1991).

Si la prohibición constitucional de ajusticiamiento a civiles consagrada expresamente se hacía urgente, resultaba perentorio para los constituyentes estructurar el Fuero Militar en garantía de los principios del nuevo orden constitucional que reivindicaran su legitimidad y sirvieran a la justicia, en tanto que su malograda extensión se había “convertido en no solo en un factor de impunidad sino de desprestigio para las mismas fuerzas militares, por la dificultad de que tienen los tribunales castrenses para sancionar a quienes han cometido atropellos contra la población.”¹⁰⁹

4. La Fuerza Pública de la nueva Constitución: proceso constituyente, reformas, la comisión tercera y el estatuto final

Durante la sesión correspondiente al día 12 de febrero de 1991¹¹⁰, 8 días después de que se instalara la Asamblea con 72¹¹¹ constituyentes, se integraron las Comisiones Permanentes en las que las discusiones sobre el proyecto constitucional se llevarían a cabo. La Comisión Tercera actuaba en correspondencia, y a las 17:00 horas de ese 12 de Febrero se instalaba en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada, en la ciudad de Bogotá, para presenciar el solemne acto y disponer lo correspondiente al orden del día por parte de sus comisionados¹¹². Álvaro Echeverri Uruburo, Antonio Galán Sarmiento, Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Arturo Mejía

¹⁰⁸ José Matías Ortiz - Sarmiento. (Marzo 30, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (29)

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p, 111 – 115.

¹¹⁰ Al respecto puede consultarse la *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente* No. 4, miércoles 13 de febrero de 1991.

¹¹¹ Al respecto puede consultarse la *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente* No. 1, martes 5 de febrero de 1991.

¹¹² Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Febrero 12, 1991.

Borda, Antonio José Navarro Wolff, Luis Guillermo Nieto Roa, José Matías Sarmiento, Rosemberg Pabón Pabón, Alfonso Palacio Rudas, Guillermo Plazas Alcid, Abel Rodríguez Céspedes, Miguel Santamaría Dávila, Alfredo Vázquez Carrizosa, Fabio de Jesús Villa Rodríguez y Hernando Yepes Arcila componían la Comisión a la que se encargaba las discusiones sobre el Gobierno y Congreso, Fuerza Pública, Régimen de Estado de Sitio y Relaciones Internacionales. La presidencia de la Comisión fue dada a Alfredo Vázquez Carrizosa y la vicepresidencia a José Matías Ortiz Sarmiento.

Esta Comisión comenzaba su labor el día 25 de Febrero centrandó su atención en el diseño de un plan para proceder al estudio de las materias que le correspondían. El trámite se resolvía en interpelaciones que tenían en cuenta la insuficiencia de información suministrada por la Secretaría General de la Asamblea y la adición de temas a tratar, entre otros; sin embargo, definitivamente se lograba que el Presidente de la Comisión con la ayuda del constituyente Abel Rodríguez formaran los grupos de constituyentes que por materias se ocuparían del estudio de las mismas. Las decisiones sobre los grupos prometían ser anunciadas el día 27 de febrero a las 11:00 a.m., fecha de la siguiente sesión¹¹³.

La Subcomisión Cuarta fue designada para abordar el tema sobre la Fuerza Pública quedando integrada por: Antonio Navarro Wolff, Guillermo Plazas Alcid, Miguel Santamaría Dávila, Hernando Herrera Vergara y Fabio Villa Rodríguez. La coordinación de la Subcomisión Cuarta se confiaba a Miguel Santamaría Dávila. En sesión plenaria de la Comisión, el 21 de marzo, el Presidente designaba a los ponentes que debían rendir los informes a la Comisión. Para los temas de la Subcomisión cuarta de las Fuerzas Armadas fueron designados los mismos Miguel Santamaría Dávila, Fabio de Jesús Villa Rodríguez, Alfredo Vázquez Carrizosa, Guillermo Plazas Alcid y Hernando Herrera Vergara¹¹⁴.

La Subcomisión Cuarta de Fuerza Pública de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente era citada para exponer los trabajos de análisis y discusión

¹¹³ Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Febrero 25, 1991.

¹¹⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Marzo 21, 1991.

sobre la Fuerza Pública como institución de la nueva Constitución, que tuvo lugar el día martes 9 de abril de 1991. El debate sobre la Fuerza Pública en particular no fue iniciado por la Comisión Tercera hasta el 23 de abril de 1991, fecha en la que siguiendo la agenda de temas para discutir le correspondió el de Fuerza Pública¹¹⁵. El debate en la Comisión en pleno que tuvo participación del Ministro de Gobierno Humberto De La Calle Lombana, inició su desarrollo con base en la propuesta presentada por el constituyente Fabio Villa Rodríguez¹¹⁶, la ponencia centró atención en tres asuntos que el autor resaltó en la sustentación de la propuesta y que apuntaban a ser debatidos en la plenaria de la comisión. Estos aspectos merecían atención en tanto no se había logrado consenso sobre ellos en las reuniones preliminares. Los asuntos que resaltaban para la discusión en la propuesta remitida por el Secretario de la Comisión al Secretario General de la Asamblea, Jacobo Pérez Escobar, el día 22 de abril, eran:

i. La objeción de conciencia: el contenido de la propuesta del constituye que no tuvo acuerdo y que presentaba proposiciones distintas, sobre este asunto argumentaba: “*La ley organizará la prestación del servicio militar. El Estado reconocerá la objeción de conciencia y reglamentará el servicio social alternativo. Con todo, los colombianos podrán ser requeridos a tomar las armas en defensa de la nación*”¹¹⁷ Sujeta el funcionamiento de la Fuerza Pública a una ley orgánica y señala la facultad normativa de crear policías especiales descentralizadas y por servicios¹¹⁸.

ii. Sobre el carácter deliberante de la Fuerza Pública: la propuesta inicial del constituyente Villa Rodríguez le otorgaba capacidad deliberante a la Fuerza Pública. “*La Fuerza Pública será deliberante, con ocasión de las condiciones de prestación del servicio, con arreglo a la ley: sus miembros podrán siempre ejercer el derecho al sufragio*”¹¹⁹). Posición que reitera unas líneas más adelante:

¹¹⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Abril 22, 1991.

¹¹⁶ Fabio Villa Rodríguez. (Mayo 15, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (21)

¹¹⁷ Fabio Villa Rodríguez, Op. Cit., p. 13.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 18.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 19.

La principal innovación que se introduce en este proyecto es la que tiene que ver con el carácter deliberante de la Fuerza Pública. Este carácter se le reconoce ahora abiertamente, en todo aquello que tenga que ver con el mejoramiento de las condiciones de vida, o de la prestación del servicio, por parte de sus miembros. Al mismo tiempo se permite a los integrantes de la Fuerza Pública el ejercicio de la función del sufragio: en un Estado en el que, como Colombia, los pobladores ya escogen directamente a sus administradores locales, dando con ello muestra de la madurez política alcanzada por nuestro país, no podría sostenerse legítimamente sostenerse la prohibición para que los miembros de la Fuerza Pública se mantengan marginados de la toma de las decisiones estatales por la vía electoral. Por el contrario, su participación en tales procesos reforzaría la vocación democrática y civilista de las Fuerzas Armadas de Colombia, expresada en tantas ocasiones en el pasado¹²⁰.

5. Otras propuestas presentadas sobre Fuerza Pública

El debate sobre la Fuerza Pública, en general y desde su origen, se desarrollaría sobre estas 15 propuestas de reforma constitucional de la institución. Fueron estas las presentadas en tiempo y de forma oficial defendidas por los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

1. Proyecto de acto reformativo No. 2, presentado por el Gobierno Nacional, esta propuesta está estructurada con base en los siguientes presupuestos:

(a) La fuerza pública se confía exclusivamente a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional. (b) Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. (c) La ley determinará las condiciones que en todo tiempo exigen del servicio militar. (d) La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía de la independencia de la República, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (e) La ley determinará el sistema de reemplazos de las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestaciones y disciplinario que les es propio. (f) La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el cuerpo de Policía Nacional, con carácter

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 15.

permanente, y regulará lo relativo al régimen de carrera prestacional y disciplinario que le es propio. (g) La Fuerza Pública no es deliberante. Sus miembros no podrán reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asunto que se relacionen con el buen servicio y moralidad de la Fuerza Pública, con arreglo a la ley. (h) No podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos. (i) Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino con arreglo a las leyes que les son propias. (j) De los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. (k) Igualmente, conocerán de los delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional en operaciones militares o antiterroristas¹²¹.

Se destaca el proyecto del Gobierno, en tanto, reestructuró la institución de la Fuerza Pública integrando a la Policía Nacional como cuerpo de fuerza reconociéndole en el marco jurídico el nuevo estatus, reconoce el fuero penal militar y elimina la niega la calidad deliberante de la Fuerza Pública.

2. Proyecto Acto Reformatorio No. 9. Presentado por Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño¹²². Destaca la prohibición expresa del juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares y la posición de la Policía Nacional como persecutor simplemente de delitos y contravenciones.

3. Proyecto de Acto reformatorio No. 41. Presentado por Fabio Villa Rodríguez¹²³. El proyecto presentado por el constituyente Villa, como se indicó fue el articulado que fundamentó el debate de la Subcomisión de Fuerza Pública, desde este se relacionaron las demás propuestas y se presentó la sustentación reseñada para el debate.

¹²¹ Presidencia de la República de Colombia, Febrero, 1991, p, 105 - 109

¹²² Gómez, J. & Londoño, H. (Febrero 19, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (9)

¹²³ Fabio Villa Rodríguez, Op Cit., p, 26.

4. Proyecto de Acto reformativo No. 57. Presentado por Guillermo Plazas Alcid¹²⁴. Destaca la prohibición expresa del juzgamiento de civiles por los tribunales militares y la iniciativa de un cuerpo policial permanente organizado de “forma paramilitar, pero de estricta orientación civil”.

5. Proyecto de Acto reformativo No. 67. Presentado por Misael Pastrana y otros¹²⁵. En general se adecuaba a lo planteado por la mayoría que se expresa más claramente en el proyecto del Gobierno transcrito.

6. Proyecto de Acto reformativo No. 93. Presentado por Aturo Mejía Borda (Mejía, Marzo 20, 1991). La propuesta se ajusta a la idea generalizada de integrar la Policía Nacional como Fuerza Pública.

7. Proyecto de Acto reformativo No. 82. Presentado por Jaime Ortiz Hurtado (Ortiz-Hurtado, Marzo 20, 1991). El aparte dedicado a la Fuerza Pública, fundamenta la objeción de conciencia como propuesta del movimiento Unión Cristiana. La amplia fundamentación se soporta en argumentos religiosos y plantea un servicio civil sustitutivo del militar.

8. Proyecto de Acto reformativo No. 113. Presentado por Alfredo Vázquez Carrizosa y Yolanda Abella Esquivel (Vásquez & Abella, Marzo 26, 1991). Destaca la declaración de no discriminación socioeconómica para acceder al escalafón militar, la necesidad de no impartir ideologías en la formación militar, el servicio alternativo y el fuero militar para delitos militares restrictivamente.

9. Proyecto de Acto reformativo No. 119. Presentado por Francisco Rojas Birry¹²⁶ (Rojas, Marzo 30, 1991). Destacan las proposiciones sobre la creación de un Consejo Superior de Defensa Nacional integrado por el Gobierno y una comisión del Congreso

¹²⁴ Guillermo Plazas Alcid. (Marzo 18, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (22).

¹²⁵ Misael Pastrana, Ramírez, O., Rodado, C., Yepes, H., Ospina, M. (Marzo 19, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (23).

¹²⁶ Francisco Rojas Birry. (Marzo 30, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (23).

que esté a cargo de la definición de las políticas de defensa nacional; la explicitación de tres principios necesarios para regular la Fuerza Pública: uso condicionado garantizar la amplia y plural participación en la democracia, su regulación por criterios públicos y estables y la definición de criterios democráticos, una necesaria conciencia de responsabilidad por los errores cometidos por las Fuerzas Armadas; la necesaria integración y formación en Derechos Humanos a los miembros de la Fuerza Pública, Fuerza pública deliberante, restricción de los delitos de conocimiento de la justicia penal militar otorgándole competencia a la jurisdicción ordinaria para tratar aquellos no sometidos por el fuero y prohibición explícita de juzgamiento de civiles por los tribunales castrenses.

10. Proyecto de Acto reformativo No. 122. Presentado por José Matías Ortiz Sarmiento en representación del P.R.T¹²⁷ (Ortiz-Sarmiento, Marzo 30, 1991). Destacan entre las propuestas el reconocimiento de la objeción de conciencia, la integración como cuerpo civil de las Policía, sin embargo no se le reconoce el fuero especial y el conocimiento de los delitos se deja sometido a la justicia ordinaria; composición del Consejo de la defensa Nacional para dirigir la política de defensa nacional y la integración de una comisión para esclarecer, prevenir y sancionar los actos de violencia apolítica, constreñimiento ilegal, tortura, desaparición, secuestro, y homicidios en los que aparezca la responsabilidad del Estado, particulares con motivaciones políticas o cuando sean causa de una emoción social; dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la Nueva Constitución con el fin de contribuir a la justicia y a la reconciliación de los colombianos. A pesar de su falta de facultad jurisdicción la comisión es competente para establecer la verdad y recomendar medidas inmediatas para prevenir la ocurrencia de aquellos hechos y evitar su impunidad.

11. Proyecto de Acto reformativo No. 125. Presentado por Fernando Carrillo Flores¹²⁸ (Carrillo, Abril 1, 1991). Plantea el servicio social sustituto, la objeción de conciencia

¹²⁷ José Matías Ortiz (Marzo 30, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*. (23).

¹²⁸ (Fernando Carrillo (Abril 1, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (23).

desarrollada por la ley y la generalidad de las posiciones expuestas por el Gobierno y las provenientes de la Constitución de 1886.

6. Debate y votación de la ponencia sobre la Fuerza Pública en la Comisión Tercera

Con la mencionada ponencia se abría paso a la amplia discusión que tendría lugar en la sesión del 24 de abril y que consta en el Acta número 14 (Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Abril 24, 1991), en donde el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana en lugar de su similar Ministro de Defensa General Oscar Botero a quien la comisión había propiamente invitado, tuvo acto principal. Su exposición inicio sin reparos generales sobre la ponencia principal, sin embargo, refirió su atención sobre la objeción de conciencia haciendo énfasis en que el Gobierno compartía la iniciativa de no contemplarla, a pesar de que su proyecto, el del Gobierno, no lo había manifestado expresamente.

En seguida, exhibió su oposición a la iniciativa de adscribir constitucionalmente a la “Milicia Nacional” a un ministerio. Por el nombre y el trato dado a las especies de cuerpo civil (Milicia y Policía Nacional) recibió cuestionamientos que atacaban la ambigüedad en el proyecto sobre la dualidad Milicia Nacional y Policía Nacional. La intención del Gobierno era dejar la creación de la llamada “Milicia Nacional” en el orden legislativo, además de someter su operación a situaciones eventuales y temporales en situaciones de conmoción interior o guerra exterior. Estos cuestionamientos fueron dirigidos principalmente por los constituyentes Palacio Rudas y Nieto Roa.

Después de la exposición ministerial comenzaron las intervenciones de los constituyentes, en su orden. Inició con Villa Rodríguez destacando la importancia de la objeción de conciencia como derecho fundamental, después, Galán Sarmiento considerando las funciones de la Fuerza Pública en 3: 1- Defensa del territorio de la independencia. 2- La guardia de la seguridad, salubridad y tranquilidad. 3- Enfrentar acciones violentas de grupos organizados por fuera de la ley; para la primera daba encargo a las Fuerzas Militares, para la segunda la Policía Nacional y para la tercera

una milicia nacional. Luego de este, Pabón Pabón cuestionó al Ministro la iniciativa de no aplicación de la objeción de conciencia existiendo resolución de las Naciones Unidas adoptada por Colombia.

En la misma línea de cuestionamientos e intervenciones se involucraron los constituyentes Vázquez Carrizosa, Navarro Wolf, Lleras de la fuente, Plazas Alcid, Santamaría Dávila, Echeverry Uruburu, Ortiz Sarmiento, Mejía Borda y Yepes Arcila para discutir principalmente sobre la objeción de conciencia, el fuero militar y la capacidad deliberativa de los miembros de la Fuerza Pública. Además otros aspectos como la forma de designación de los militares a un ministerio, el servicio social alternativo, la incorporación de los enunciados constitucionales de la fuerza pública al aparte del ejecutivo, entre otros, fueron también objeto de discusión. Finalizado el debate con los intervinientes, en aquel día, a las 7:00 p. m. se declaró terminado oficialmente y se convocó reunión para el 25 de abril a las 2:30 de la tarde.

A las 3:10 de la tarde del 25 de abril de 1991 los 16 constituyentes que componían la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se encontraron en la sede para votar la ponencia sobre Fuerza Pública (Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Abril 25, 1991). Con el llamado a lista y la aprobación del acta anterior con enmienda solicitada por el constituyente Herrera Vergara para que se incluyera su intervención, los constituyentes someten a votación cada artículo correspondiente a cada tema de la propuesta. La disposición sobre *Responsabilidad de mando* de la ponencia obtuvo 11 votos a favor. El artículo presentado sobre *Porte de armas* logró 12 votos a favor. El artículo que en la ponencia contenía lo relativo a *La libertad de conciencia* fue dejado a un lado por petición de la Comisión, y en cambio, se votó la enmienda propuesta por los constituyentes Mejía Borda y Villa Rodríguez¹²⁹; el resultado de la votación es 2 votos a favor y 1 abstención.

La disposición sobre la *Fuerza pública y el servicio militar* se tramitó votándose en primer lugar, la enmienda propuesta por el constituyente Galán Sarmiento¹³⁰ que

¹²⁹ “La objeción de conciencia se reconoce y será reglamentada por la ley.”

¹³⁰ “La fuerza pública se confía exclusivamente a la policía nacional y a la milicia.”

consiguió 2 votos a favor; luego la enmienda propuesta por el constituyente Villa Rodríguez¹³¹ que logró 2 votos a favor; y por último se votó el texto del primer inciso propuesto en la ponencia sobre este asunto que alcanzó 13 votos. Para el segundo inciso se sometió inicialmente el texto propuesto por el constituyente Galán Sarmiento que obtuvo 4 votos a favor, después, el texto de la ponencia que consiguió 11 votos. Por su parte, el enunciado relativo a las *Fuerzas Militares* alcanzó 15 votos. El contenido sobre *La Policía Nacional* es definido votándose primero las enmiendas presentadas por el constituyente Galán Sarmiento sobre el asunto¹³² que quedó con 1 voto a favor y sobre la *Milicia Nacional*¹³³ que también consiguió 1 voto a favor; segundo la modificación del constituyente Nieto Roa que logró 9 votos; también se votó el resto del texto presentado en la ponencia que sacó 14 votos y por último el contenido de una propuesta presentado por el constituyente sin voto, pero con voz, José Matías Ortiz Sarmiento que pretendía una adición¹³⁴ al segundo inciso del artículo que se tramitaba y que no tuvo más de 7 votos.

Sobre los *Derechos políticos* para los miembros de la Fuerza Pública se sometió a votación, en su orden, la enmienda del constituyente Galán Sarmiento¹³⁵ que mereció 2 votos, la propuesta del constituyente Vázquez Carrizosa¹³⁶ con 5 votos y el texto correspondiente al primer inciso original con la enmienda que propuso el constituyente Nieto Roa con 12 votos a favor. Para el segundo inciso de la misma disposición sobre

¹³¹ “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades del país lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar, organizará y reglamentará un servicio social obligatorio, dirigido a la acción comunitaria como alternativa al servicio militar. La objeción de conciencia se reconoce y será reglamentada por la ley.”

¹³² “La policía nacional tendrá como finalidad la guarda de la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública. La ley regulará el régimen disciplinario que le es propio para el cumplimiento de sus deberes.”

¹³³ “La ley organizará una milicia nacional integrada con personal entrenado para la defensa de los habitantes frente a las acciones violentas de grupos organizados por fuera de la ley. La milicia tendrá un régimen disciplinario propio de carrera profesional, de remuneración y prestaciones.”

¹³⁴ “El control del Ministerio de Gobierno.”

¹³⁵ “Los miembros de la fuerza pública solo podrán reunirse por orden de autoridad legítima para dirigir peticiones sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad de la fuerza pública, con arreglo a la ley. No podrán ejercer la función del sufragio mientras permanecen en servicio activo, ni intervenir en debates partidistas.”

¹³⁶ “Los miembros de la fuerza pública no podrán desempeñar cargos de responsabilidad política en tiempos de paz”.

los *Derechos políticos*, se votó una enmienda¹³⁷ propuesta que alcanzó 7 votos, el contenido original de la ponencia¹³⁸ que tuvo 7 votos; y la adición propuesta por el constituyente Vázquez Carrizosa que añadió sobre la educación de los miembros de la fuerza pública¹³⁹ con 2 votos. La votación sobre los *Derechos adquiridos* dejó 14 votos a favor y 1 abstención del constituyente Mejía Borda. El contenido de la disposición sobre *El Fuero de la Fuerza Pública* se sometió a elección, primero con la modificación propuesta por el constituyente Lleras de la Fuente que obtuvo 15 votos, segundo con el texto propuesto por el constituyente José Matías Ortiz con 0 votos en su favor, y en tercer lugar la enmienda del constituyente Galán Sarmiento¹⁴⁰ con 1 voto. El resto del texto propuesto sobre el asunto fue aprobado con 11 votos.

La Comisión, para finalizar la votación sobre el articulado de la Fuerza Pública, decidió sobre una clase de disposición transitoria que declaraba “Como consecuencia del espíritu de paz y concordia que inspira esta constituyente y en desarrollo del Artículo 48 de la actual Constitución, el gobierno dispondrá el recaudo de las armas de uso privativo de la fuerza pública y no contempladas en la ley, que estén en poder de los particulares”, este artículo transitorio que se pretendía incluir alcanzó 9 votos a favor y provocó las afirmaciones para constancia de los constituyentes Galán Sarmiento, Mejía Borda, Navarro Wolf¹⁴¹, Nieto Roa¹⁴², Lleras de la Fuente¹⁴³ y Yepes Arcila.

¹³⁷ “Los miembros de la fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo ni intervenir en debates políticos.”

¹³⁸ “Los miembros de la fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo ni intervenir en debates partidistas.”

¹³⁹ “El tipo de educación e instrucción que recibe la fuerza pública debe estar de acuerdo con la constitución y las leyes.”

¹⁴⁰ “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares y de policía, con arreglo a las prescripciones del código penal militar y de policía. Igualmente conocerán de los delitos cometidos por miembros de la milicia en las operaciones militares o antiterroristas.”

¹⁴¹ “Aunque la redacción es susceptible de mejora, que debe hacerse en la plenaria, voto afirmativamente por el artículo porque la paz requiere lograr el monopolio de las armas por las fuerza armadas, en un país donde se calculan más de 700.000 armas en manos de particulares.”

¹⁴² Sobre el artículo transitorio: “Estoy de acuerdo con el espíritu del Artículo transitorio propuesto, dado que ningún colombiano debe poseer armas de uso privativo de la fuerza pública. Sin embargo me he abstenido de votar porque considero que el texto adolece de varios errores de redacción que le hacen confusa e inaplicable”.

¹⁴³ “El suscrito delegado Carlos Lleras de la Fuente deja constancia de que ha votado en contra del artículo transitorio propuesto por el constituyente Navarro, sobre recaudo de las armas de uso privativo de la fuerza pública que están en poder de los particulares en consideración a que los malhechores no han podido ser desarmados y las gentes de bien a quienes se buscan ahora privar de las armas, han tenido que adquirirlas para defenderse de tales malhechores. Esta disposición facilitará la labor de secuestradores y bandidos.”

Para el final de la votación se dejó una adición propuesta por el constituyente Villa Rodríguez que alcanzó siete votos con la abstención y objeción del constituyente Echeverry Uruburu que señaló la adición como tema de la Comisión Primera por ser un asunto del derecho a la paz. El contenido de la adición consideraba necesario incluir expresamente la prohibición de toda propaganda bélica. Con el final de la votación sobre el articulado de la Fuerza Pública la Comisión Tercera inició la discusión sobre la ponencia con el contenido del estatuto congresista¹⁴⁴.

7. El proyecto definitivo de reforma de la Constitución sobre la Fuerza Pública por la Comisión Tercera

El 20 de Mayo de 1991 fue remitido por los coordinadores de las Subcomisiones de Ejecutivo, Relaciones Internacionales y Fuerza Pública el “informe de ponencia para primer debate acerca de la ‘Estructura del Estado, Servidor Público, Gobierno, Relaciones Internacionales y Fuerza Pública’, para su trámite correspondiente previa publicación en la Gaceta”¹⁴⁵. El acto que ponía en conocimiento a la Plenaria de la Asamblea fue dirigido a los Presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente Álvaro Gómez Hurtado, Antonio Navarro Wolf y Horacio Serpa Uribe. El informe contenía el articulado definitivo, producto del ejercicio de las Subcomisiones de la Comisión Tercera y de la Comisión misma que sobre la Fuerza Pública determinó finalmente:

ARTÍCULO - Responsabilidad del mando

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que de la orden.

ARTÍCULO – Porte de armas

Solo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá poseer ni portar armas sin permiso de la autoridad. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, ó a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas ó para presenciarlas. Los miembros de organismos nacionales de seguridad y de otros cuerpos armados de carácter permanente y de creación legal, podrán portar armas bajo el control de las Fuerzas Militares, de conformidad con los principios y procedimientos que señale la ley.

¹⁴⁴ Oficina de Prensa de la Asamblea Nacional Constituyente, Abril 26, 1991.

¹⁴⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Mayo 21 de 1991.

ARTÍCULOS – Fuerza Pública y servicio militar obligatorio

La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo exigen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

ARTÍCULO – Fuerzas Militares

La nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. La ley determinará el sistema de reemplazo de las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera prestacional y disciplinaria que les es propio.

ARTÍCULO – De la Policía Nacional

La ley organizará un cuerpo de policía. La Policía Nacional es un cuerpo de naturaleza civil y permanente a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es propender por el sostenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes en Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

ARTÍCULO – Fuerza Pública y Derechos Políticos

La Fuerza Pública no es deliberante, no podrá reunirse, sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino en asuntos que se relacionen con el servicio y moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio, mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates partidistas (políticos).

ARTÍCULO – Derechos adquiridos

Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley.

ARTÍCULO – Del Fuero Penal de la Fuerza Pública

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

ARTÍCULO TRANSITORIO

Como consecuencia del espíritu de paz y concordia que inspira esta Constituyente y en desarrollo del Artículo 48 de la actual Constitución, el Gobierno dispondrá el recaudo de las armas de uso privativo de la Fuerza Pública y no contempladas en la ley, que estén en poder de los particulares. En todo el territorio nacional queda proscrita toda clase de propaganda bélica¹⁴⁶

¹⁴⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera, Mayo 27, 1991, p, 26.

8. El proyecto de reforma en la Plenaria

Aquel articulado fue el sometido a consideración de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente en primer debate con ponencia encargada al constituyente Fabio Villa Rodríguez el 22 de Mayo¹⁴⁷.

Las propuestas sustitutivas sobre la Fuerza Pública que se presentaron en el primer debate fueron¹⁴⁸:

i. La propuesta sustitutiva N.1 se refirió al artículo correspondiente *Fuerza Pública y Derechos Políticos*, pretendía suprimir la palabra “políticos” del inciso final. Igualmente planteaba la reforma del artículo *Del Fuero de la Fuerza Pública* que reemplazaba la palabra “delitos” por “hechos punibles”, presentada por Alberto Zalamea.

ii. La propuesta sustitutiva N. 2 presentada por el constituyente Iván Marulanda buscaba modificar el artículo sobre el *Porte de armas* diciendo: “Sólo el Gobierno puede introducir y poseer armas y municiones de guerra, o autorizar su fabricación o importación de partes para su manufactura...” y agregaba como estaba el originalmente propuesto.

iii. La propuesta sustitutiva N. 3 comprendía las enmiendas al proyecto de articulado presentado por la delegataria Aída Abella Esquivel en el que se pensaba suprimir el aparte “... y de otros cuerpos armados de carácter permanente y de creación legal...” correspondiente al inciso tercero del artículo sobre el *Porte de armas*. Además, agregaba “adscrito al Ministerio de Gobierno” al artículo *De la Policía Nacional*, suprimía un aparte del primer inciso y adicionaba otra en el segundo inciso del Artículo *Fuerza Pública y Derechos Políticos* dejándolo: “La fuerza pública no es deliberante, ni podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima... Los miembros de la fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio, mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates partidistas, ni desempeñar cargo público de responsabilidad

¹⁴⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Mayo 22, 1991, p, 11.

¹⁴⁸ Asamblea Nacional Constituyente, Mayo 23, 1991, p, 26-28.

política”. Sobre la disposición *Del Fuero Penal de la Fuerza Pública* añadía, también, “exclusivamente militares...”.

iv. La propuesta N. 4 presentada por Julio Simón Salgado Vásquez, pidió agregar como segundo inciso “Los civiles no serán procesados por la Justicia Penal Militar, sino por la jurisdicción ordinaria” al artículo *Del Fuero Penal y de la Fuerza Pública*.

v. En la propuesta No. 5 Julio Simón Salgado Vásquez pidió la sustitución del inciso 3 del artículo relativo a la *Fuerza Pública y el Servicio Militar Obligatorio*, la nueva propuesta argumentaba “La ley determinará los casos que eximen del uso de las armas”.

vi. La sustitutiva N. 6 expuesta por los constituyentes Álvaro Calad y Carlos Lemos Simmonds propuso la modificación del inciso segundo del artículo *De la Fuerza Pública* dejando “Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio, mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates o actividades de partidos o movimientos políticos”. Además, fue planteada la eliminación del artículo transitorio.

vii. La propuesta sustitutiva N. 7 del constituyente Eduardo Espinosa Facio Lince remplazaba el contenido del artículo *Del Fuero Penal de la Fuerza Pública* disponiendo que “De los hechos punibles cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y a los respectivos Reglamentos disciplinarios”

viii. Los constituyentes Orlando Fals Borda y Álvaro Echeverry Uruburu en la propuesta sustitutiva N. 8 del *Artículo Transitorio* modifican la palabra “recaudo” por “decomiso” y remplazan el segundo inciso exponiendo que “Queda proscrita toda clase de propaganda bélica y toda apología del odio nacional, racial, religioso o político que constituya incitaciones a la violencia”.

ix. El artículo sustitutivo N.9 dispuso la modificación del *Artículo Transitorio* en los términos que argumentaban “Como consecuencia del espíritu de paz y concordia que inspira esta Constituyente y en desarrollo del Artículo 48 de la actual Constitución, el Gobierno dispondrá el recaudo de las armas no amparadas por salvoconducto vigente, que se encuentren en poder de los particulares”. La propuesta fue presentada por los constituyentes Miguel Santamaría Dávila, Carlos Lleras de la Fuente, Hernando Yepes Arcila y otros.

x. El supuesto de enmienda N. 10 proponía un artículo nuevo en el que se pretendía establecer que “La definición de la política de defensa nacional estará a cargo del Consejo Superior de Defensa Nacional. Este Consejo estará integrado por el Gobierno y por la comisión del Congreso encargada de éstos asuntos”. Además, se pretendía la eliminación de “y el orden constitucional” del Artículo de “Fuerzas Militares”, la adición de “adscrito al Ministerios de Gobierno”, en el de *La Policía Nacional* y la modificación de la disposición sobre el fuero que expresaba “De los delitos cometidos por los militares que atenten contra disciplina militar conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”. Esta fue propuesta por los delegatarios Darío Mejía Agudelo y Francisco Rojas Birry.

xi. La propuesta sustitutiva N. 11 de Horacio Serpa Uribe y Guillermo Perry Rubio modificaba el inciso segundo y tercero del artículo sobre *Fuerza Pública y Servicio Militar* cambiando “obligados a tomar las armas” por “obligados a prestar servicio militar” y totalmente el tercero declarando que “Se reconoce la objeción de conciencia el uso y porte de armas, que reglamentará la ley. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las, prerrogativas por las prestación del mismo”.

xii. El mismo constituyente Serpa Uribe con la propuesta sustitutiva N. 12 del artículo *Del Fuero Penal de las Fuerzas Militares* pretendía modificar la denominación “Fuerza Pública” por “Fuerzas Militares” y agregar como segundo inciso “La ley establecerá un fuero especial para los miembros de la Policía Nacional”.

xiii. La proposición sustitutiva N. 13 del enunciado normativo *Fuerza Pública y Servicio Militar Obligatorio* proponía la modificación obligados a tomar las armas” por “obligados a prestar servicio militar” y la adición de dos nuevos incisos que rezaban “Se reconoce la objeción de conciencia al uso y porte de armas, que reglamentará la ley” y “Los colombianos que no presten servicio militar estarán obligados a uno social, cívico o ecológico, en los términos de la ley”. La propuesta fue presentada por Horacio Serpa, Eduardo Verano de la Rosa y Guillermo Perry Rubio.

xiv. La propuesta sustitutiva N. 14 de Horacio Serpa Uribe agregaba al segundo inciso del artículo sobre *Responsabilidad de Mando* la frase que decía “siempre y cuando no hayan incurrido en violaciones de los derechos esenciales”.

xv. En la proposición N. 15 se modificó el Artículo correspondiente a la *Responsabilidad de Mando*, se dejaba el texto en el que se decía que “En caso de violación manifiesta de un precepto constitucional o legal en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”. Con la disposición sobre el *Porte de Armas* se agregaba la palabra “vender” a los otros verbos rectores y se dejaba de lado el último inciso. Para el Artículo *Fuerza Pública y Servicio Militar Obligatorio* se alteró el inciso segundo pretendiendo dejarlo con “Todo colombiano debe prestar un servicio militar obligatorio. En los casos y con los alcances que la ley establezca, se aceptará la objeción de conciencia al servicio militar”. El enunciado normativo relativo al fuero se sustituyó con el contenido que expresaba que “De los delitos militares cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. De los demás hechos punibles conocerá la justicia ordinaria. El texto que contenía estas reformas fue presentado por el constituyente Germán Toro Zuluaga.

xvi. En la N. 16 Hernando Londoño Jiménez se proponía cambiar el artículo sobre el *Fuero Penal Militar* por dos artículos cuyo contenido decía que “En el caso que por decisión administrativa o disciplinaria se concluya que un miembro de la Fuerza Pública violó los Derechos y Garantías Fundamentales consagradas en la Carta, dicha Resolución se tomará como auto cabeza de proceso para que la Justicia Ordinaria

investigue u juzgue la infracción” y “Cuando el Defensor del Pueblo concluya y defina que cualquier hecho cometido por miembro de la fuerza pública es violatorio de los Derechos Humanos consagrados tanto en la Constitución como en el Derecho Internacional, dicha decisión se tomará como auto de apertura investigativa ante la justicia ordinaria para que esta investigue y juzgue el ilícito”.

xvii. En la sustitutiva N. 18 se reformaba el artículo sobre el *Porte de Armas* en el que se adicionaba un inciso final en el que “También podrán usar armas los guardianes de las prisiones”. En el *Fuero Penal Militar* se agregaba un inciso en el que “La ley creará una jurisdicción especial de carácter civil para la Policía Nacional en relación con el conocimiento de delitos cometidos por sus miembros en servicio”. La presentación fue hecha por Gustavo Zafra.

xviii. La propuesta N. 19 modificaba lo relativo al *Servicio Militar Obligatorio* articulando que “Los colombianos prestarán un servicio militar obligatorio. En los casos y con los alcances que la ley establezca, se reconoce la objeción de conciencia al porte y uso de armas. Los objetores prestarán un servicio cívico, social o ecológico”. La reforma se presentó por Angelino Garzón y Héctor Pineda Salazar.

xix. El Artículo sustitutivo N. 20 argumentaba para la disposición *Fuerza Pública y Servicio Militar* se pretendía establecer que “Los colombianos prestarán un servicio militar obligatorio. En los casos y con los alcances que la ley establezca, se prestará un servicio social, cívico o ecológico y se aceptará la objeción de conciencia al servicio militar, que será también reglamentado por la ley”. Esta fue presentada en conjunto por los constituyentes Fabio Villa Rodríguez, Jaime Ortiz Hurtado, Arturo Mejía Borda, Aida Abella Esquivel, José María Velasco Guerrero, Fernando Carrillo Flórez, Alfredo Vázquez Carrizosa, Lorenzo Muelas Hurtado, Francisco Roas Birry y Hernando Londoño Jiménez.

El acto de primer debate no se llevó a cabo sino hasta el jueves 30 de Mayo debido a que la Comisión Accidental no logró integrar la propuesta definitiva para la fecha programada. El capítulo VI según el texto y la forma propuesta por la Comisión

Accidental se sometió a votación (Asamblea Nación Constituyente, Mayo 30, 1991, p. 2-14) que inició con el artículo sobre la *Responsabilidad de Mando* que fue aprobado por partes. El primer párrafo con 60 votos afirmativos sin negativos o abstenciones, el segundo párrafo con 58 votos afirmativos, 3 negativos y 2 abstenciones. Horacio Serpa anunció el retiro de una de sus propuestas que adicionaba este artículo y que presentó junto con Germán Toro Zuluaga. Por su parte, una propuesta aditiva de Aida Abella que pretendía establecer que “Las normas del derecho humanitario son imperativas” fue negada luego del resultado de 24 votos afirmativos, 12 negativos y 23 abstenciones.

La votación sobre el Artículo *Porte de Armas* reportó, previo a ser votado, el retiro de una propuesta aditiva de Abella Esquivel que decía “cuerpos armados de carácter permanente como guardas de aduana y penitenciarios, Resguardos de Rentas” y la insistencia sobre incluir “La ley no podrá autorizar el porte de armas a grupos paramilitares, de autodefensa o mercenarios”. La disposición, entonces, se sometió a votación por separado en donde el primer inciso fue aprobado por 60 votos afirmativos, sin negativo o abstenciones; el segundo lo fue también con 62 afirmativos, sin negativos ni abstenciones; y el tercero que en la propuesta incluida por la comisión incluía las expresiones “de las Fuerzas Militares” y del “Gobierno Nacional”, que se dejaron para ser votadas separadamente; fue aprobado con 48 votos afirmativos, ninguno negativo y 6 abstenciones. La expresión “de las Fuerzas Militares” obtuvo 19 votos afirmativos, 3 negativos y 39 abstenciones por lo que fue negada. La votación sobre “del Gobierno Nacional” se contaron 53 afirmativos, ninguno negativo y 2 abstenciones.

La propuesta aditiva en la que Aída Abella insistió fue negada con 1 voto afirmativo, 40 negativos y 6 abstenciones. El artículo en conjunto fue apoyado con 51 votos afirmativos, no negativos y no abstenciones. La decisión sobre el enunciado normativo relativo a la *Fuerza Pública y el Servicio Militar Obligatorio* fue tomada de forma aprobatoria con el respaldo de 7 votos afirmativos, 1 negativo y 1 abstención. De manera similar, el Artículo *Fuerzas Militares* es aprobado íntegramente con 61 votos. El artículo *De la Policía Nacional* fue también aprobado con 62 votos afirmativos y 1 abstención. La propuesta que sobre este asunto fue coreada acerca de que la Policía Nacional sería adscrita al Ministerio de Gobierno fue negada por el resultado de 8 votos

afirmativos, 35 negativos y 15 abstenciones. El estatuto de la *Fuerza Pública y Derechos Políticos* fue admitido con 59 votos afirmativos para el primer inciso y 60 para el segundo, sin negativos ni abstenciones para ambos. La adición que se proponía, “Prohibir a los militares en servicio activo desempeñar cargos de responsabilidad política” de Aída Abella Esquivel fue negada por 10 votos afirmativos, 41 negativos y 7 abstenciones. La votación del artículo de forma integral es respaldada con 56 votos favorables. Por su parte el de la *Fuerza pública y Derechos Adquiridos* fue aceptado con 57 votos afirmativos.

Sobre el texto del *Fuero Penal Militar*, antes de ser decidido, el constituyente Espinosa Facio-Lince retiró la propuesta aditiva “y a los respectivos reglamentos disciplinarios” e interpelló por parte de algunos asistentes a la plenaria sobre las expresiones “delitos” o “hechos punibles”. Votado el texto “De los delitos cometidos” resultaron 59 votos a favor, ningún en contra y 4 abstenciones. Para el vocablo “delitos”, 47 votos, 2 negativos y 4 abstenciones se registraron, siendo este aprobado. De otro lado, la propuesta correspondiente a la sustitutiva N.10 obtuvo 35 votos afirmativos, 12 negativos y 7 abstenciones, fue negada. La votación en conjunto del artículo del fuero dio el resultado de 44 votos a favor, ninguno negativo y 2 abstenciones.

El *Artículo Transitorio* liderado por Navarro Wolf desde las discusiones de la Comisión fue en este punto retirado, el retiro se acompañó de constancia. En sentido similar, el constituyente Fals Borda retiró su propuesta sustitutiva N.8 y dejó constancia disponiendo que su destacada iniciativa sobre *Propaganda bélica* debería ser tratada en el capítulo sobre los medios de comunicación. Consecutivamente fue puesta en votación y admitida la propuesta sustitutiva N. 27, un *Artículo Nuevo* presentado por los constituyentes Mejía Agudelo y Rojas Birry que estatúa un artículo en el que “La ley determinará sistemas de promoción social, cultural y profesional de los miembros de la Fuerza Pública. En todo proceso de formación se impartirán los fundamentos de la democracia y los derechos humanos”. La decisión favorecida terminó con 37 votos de respaldo, 1 negativo y 4 abstenciones. Por último, un artículo nuevo propuesto por la constituyente Aída Abella fue negado por sentencia de 16 votos por la afirmativa, 3 por la negativa y 36 abstenciones.

El proyecto aprobado de forma definitiva fue:

Artículo 48.

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que dé la orden.

Artículo 49.

Solo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseer ni portar armas ni explosivos sin permiso de autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de Asambleas a corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para, presenciarlas. Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente creados o autorizados por la ley, podrán portar bajo el control del Gobierno Nacional de conformidad con los principios y procedimientos que señale la ley.

Artículo 50.

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo exigen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

Artículo 51.

La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. La ley determinará el sistema de reemplazo de las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestaciones y disciplinario que les es propio.

Artículo 52.

La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil y permanente a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es propender por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades políticas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestaciones y disciplinario.

Artículo 53.

La Fuerza Pública no es deliberante, no podrá reunirse, sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino en asuntos que se relacionen con el servicio y moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio, mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

Artículo 54.

Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus cargos, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley.

Artículo 55.

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

Artículo 56.

La ley determinará sistemas de promoción social, cultural y profesional de los miembros de la Fuerza Pública. En todo proceso de formación se impartirán los fundamentos de la democracia y los derechos humanos (Asamblea Nacional Constituyente, Mayo 30, 1991, p. 7-8).

Los mismos presupuestos, salvo orden diferente, fueron articulados y preparados para ser sometidos al segundo debate definitivo que produciría la Nueva Constitución Política de Colombia de 1991. El lunes primero de julio se determinó definitivamente el contenido de la reforma sobre Fuerza Pública que incluyó unas consideraciones previas. La Asamblea votó aprobando en bloque con el respaldo de 52 de constituyentes las propuestas de la codificación para el debate numeradas 230, 232, 233, 235 y 235-A y correspondientes a *Fuerzas Militares*, *Fuerza Pública* y *Derechos Políticos*, *Derechos Adquiridos*, *Artículo Nuevo* y *Porte de Armas*, respectivamente.

9. A manera de conclusión

La Fuerza Pública fue relevante en el proceso constituyente colombiano de 1991 en tanto el contexto político del país requería una intervención urgente en tantos aspectos, como en el de las instituciones de coerción estatal. Su notabilidad se encontraba justificada por las necesidades históricas de restablecer el orden público del caos que gobernaba. La línea que puede bien separar a los héroes de los villanos, no era del todo percibida por los ciudadanos. Sin embargo, no se trataba simplemente de establecer a los sujetos pasivos de la actividad pública como los únicos agredidos por la forma de operación del orden. Los organismos de la Fuerza Pública que, para comenzar, no se entendía claramente quienes eran, pues la existencia de dos cuerpos civiles (Policía y Milicia) cumplía su papel principal en el desbarajuste; reclamaban

abiertamente un estatuto que respaldara y dispusiera en consideración con los mandos bajos, se les restablecieran y garantizaran sus derechos, se les hiciera partícipes de una vinculación al Estado de forma clara que implicara la regulación y el cumplimiento de los asuntos laborales, su régimen prestacional y, además, pusiera fin a los abusos de los mandos superiores que abiertamente los rasos denunciaban (Abella, Mayo 23, 1991, p. 22). La democratización de la Fuerza Pública, de la manera como se ha presentado, necesitaba de esa contextualización confusa para establecer los roles sociales de todos los sectores del país en beneficio de la anhelada reconciliación que la nueva Constitución encarnaba. Esa representación necesariamente tenía que ser convocada y asumida para que el proyecto político de la Nación lograra su validez y su facticidad triunfara. La Asamblea Nacional Constituyente componía esa figura de mediación en la que tanto el caos y la esperanza se encontraban, en la que opositores podrían tener acierto y en la que todas las razones públicas se podían llenar de argumentos distintos. Ese proceso encargado a la Asamblea se ataba a esos presupuestos, pero debía, también, considerar las manifestaciones expresas que los ciudadanos exhibían. Desde el margen de la oportunidad constituida por el contexto de la historia, los sujetos del presente y el objeto para deliberar, se hacía más evidente que pensar sobre el orden público y la seguridad del país fuera más un asunto de la sociedad que de los Militares.

En el planteamiento que se presentó, atendiendo a la tarea de revisar el contexto, la manera en la que de alguna forma de ciudadanía se vinculó en el proceso de desarrollo constituyente y los cambios que esos componentes generaron en la construcción del nuevo Estado; se hallaron escasas manifestaciones ciudadanas que tuvieron origen en el pensamiento castrense, si bien, las posiciones que algunos de los delegatarios tomaron para sí en defensa de la sociedad civil articulaban lo que era indispensable. Ineludiblemente el Gobierno se constituyó en agente persuasivo, promotor, veedor y regulador de todo el proceso desde la presentación de su propio proyecto y la defensa de tal con designado presente desde las conversaciones preliminares de la Subcomisión IV de la Comisión Tercera. El proceso constituyente, marcado por esa pauta no ejecutó cambios trascendentales sobre el estatuto constitucional de la Fuerza

Pública contenido en la Carta de 1886. Más allá de contemplar el fuero penal militar para la Policía, establecer la promoción y formación de los miembros de la Fuerza Pública para un Estado democrático y dejar más o menos claras las funciones entre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional sin milicias temporales, las disposiciones fueron mantenidas.

De cualquier modo, puede considerarse que en Colombia la situación antagónica entre los organismos de coerción y la sociedad, marcada por una oscura idea de esas instituciones que con papel principal participaron en el horror de aquellas épocas previas a la Constitución, mejoró de forma lenta y progresiva. Ciertas modificaciones políticas acaecidas después de instaurada la nueva democracia, acciones como el encargo del Ministerio de Defensa a un miembro de la sociedad civil, el nombramiento de otro en la dirección del DAS, la creación de la Unidad de Justicia y Seguridad en el DANE y la presentación de un proyecto de Ley sobre seguridad y defensa nacional hecho por el Ministerio de Gobierno y la nueva Consejería¹⁴⁹, marcaron un rumbo distinto en la historia de la Fuerza Pública colombiana.

Sección Tercera. El Reordenamiento de la Administración Territorial: Propuesta de la Federación Colombiana de Municipios para la Asamblea Nacional Constituyente

Este capítulo, está dedicado a hacer un recuento de la propuesta de ordenamiento territorial basada en el principio municipalista, presentada por la Federación Colombiana de Municipios a la Asamblea Nacional Constituyente. Para ello se hará un esbozo de lo que ha sido la Federación; cuál fue la propuesta de articulado; cuáles fueron los argumentos básicos de la propuesta y, cómo esta propuesta de fortalecimiento del municipio se direccionó a lo largo de los debates en la Comisión Segunda y en las Sesiones Plenarias de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991.

¹⁴⁹ Saúl Rodríguez & César Torres. *De milicias Reales a militares contrainsurgentes. La institución militar en Colombia del Siglo XVIII al XXI* (1ª Ed.). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

1. La Federación Colombiana de Municipios

En el año 1986, se presenta en Colombia el primer gran paso a la descentralización¹⁵⁰. Luego de 100 años del más anacrónico centralismo, se abre paso a la elección popular de alcaldes, permitiendo a las comunidades locales, decidir sobre quién debería ser el representante de sus aspiraciones políticas y sociales. El acto legislativo 01 de 1986, marcó “el inicio del proceso de descentralización que buscó fortalecer la democracia a través de una nueva forma de política a nivel local, incrementar la participación ciudadana, cerrarle el paso a la corrupción y promover formas de desarrollo local”¹⁵¹

La nueva norma jurídica permitía la elección de alcaldes municipales para un período de dos años, siendo la primera elección en el año de 1988. Esta importante tarea para las nuevas autoridades locales, inspiró en los primeros alcaldes elegidos popularmente, encabezados por los burgomaestres de Bogotá (Andrés Pastrana Arango), Cartagena (Manuel Domingo Rojas Salgado) y Cali (Carlos Holmes Trujillo), con la ayuda de la Federación Española de Municipios y Provincias y, la Fundación Friedrich Ebert Stiftung Colombia (Fescol), la creación de la Federación Colombiana de Municipios. Así se expresaban sus fundadores:

Se cobró \$100.000 de inscripción por cada municipio y por cada asociación de municipios para un total de 181 municipios y 6 asociaciones. El monto reunido fue de \$21.860.000 que se registró como capital social. La resolución 0759 de 11 de diciembre de 1989 de la Alcaldía Mayor de Bogotá Distrito Especial, reconoce la personería jurídica¹⁵²

Desde entonces, la Federación fue creciendo en número de asociados y se fue abriendo paso en la vida nacional como la aliada de los mandatarios locales. Sus fines institucionales promovían la ampliación de los escenarios de descentralización, el ejercicio de mayor autonomía municipal y el liderazgo del gobierno local. En su sentir, las administraciones locales eran las entidades legitimadas por desarrollar planes de

¹⁵⁰ La norma vigente en Colombia en materia de descentralización, delegación y desconcentración es la Ley 489 de 1998.

¹⁵¹ Federación Colombiana de Municipios - FCM. (Febrero 22, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (33), p, 6.

¹⁵² *Ibíd.*, p, 9.

actuación que asegurara a los asociados condiciones básicas para alcanzar una vida digna y en paz. Las figuras más representativas de esta institución que ocuparon un lugar en la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991 fueron Carlos Holmes Trujillo y Juan Gómez Martínez.

2. La propuesta de la Federación Colombiana de Municipios ante la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991

La Federación Colombiana de Municipios -FCM-, comprometida con sus principios fundacionales allegó a la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991 una propuesta de reforma que tenía como objetivo básico promover un reordenamiento de la administración territorial. El núcleo básico de la propuesta hacía referencia a la intervención del Estado, el control fiscal, los recursos públicos y la actividad legislativa.

A juicio de Juan Martín Caicedo Ferrer, Presidente de la FCM para el año 1991 y quien fungía como alcalde del distrito especial de Bogotá, la propuesta presentada a la Asamblea Nacional Constituyente, por la FCM, bajo el nombre de *Reordenamiento de la Administración Territorial*, se caracteriza por ofrecer propuestas novedosas sobre la nueva naturaleza de la intervención estatal. Su principal objetivo es desarrollar los principios básicos de la organización municipal, promover la democracia local y asegurar la efectiva y eficiente prestación de servicios públicos en todo el territorio nacional (FCM, Febrero 22, 1991). Este reordenamiento presentado por la FCM, contiene los siguientes presupuestos:

i. La intervención estatal debe ser más reducida. Debe circunscribirse a la actuación de un modelo liberal clásico, que se ocupa de la administración de justicia, ejecuta funciones de policía y asegura la protección de derechos individuales.

ii. Debe asegurarse una escisión amplia entre rama legislativa y ejecutiva. Al legislador se le debe confiar la promulgación de leyes orgánicas; y al ejecutivo se le debe facultar para que adopte decisiones ágiles y oportunas que puedan satisfacer las necesidades comunitarias.

iii. En materia de control del gasto debe haber mayor inclusión de participación comunitaria. El control sobre el gasto público debe estar sujeto a condiciones de eficiencia y debe ser superior al simple control formal ofrecido por la Contraloría.

iv. La participación ciudadana debe ser decisiva y protagónica en materia de asignación de recursos públicos. Dicha participación debe ser permanente, inmediata y directa.

v. La reordenación de los recursos públicos debe regirse por los principios de beneficio comunitario, capacidad de pago, flexibilidad y transparencia.

En sentir de la FCM, la Constitución de 1886 encierra una dicotomía de difícil solución. Por un lado defiende las posturas liberales de mínima intervención estatal en asuntos económicos; pero simultáneamente compromete al Estado con la adopción y el desarrollo de políticas públicas benefactoras. Dos variables ideológicas que direccionan las pretensiones de la FCM en puntos divergentes. Señala la FCM: *“El Estado de Derecho y el imperio de la ley limitan la participación ciudadana en la asignación de recursos; predomina el control numérico del gasto público; la participación ciudadana se circunscribe al momento electoral y hay ausencia de principios y criterios de finanzas públicas”*¹⁵³.

La FCM considera necesaria la erección de unos principios en el nuevo texto constitucional a través de los cuales se reorganice la administración territorial. Entiende que son funciones estatales la satisfacción de necesidades públicas comunitariamente identificadas y la promoción de la participación ciudadana. Al órgano legislativo se le debe confiar la fijación de unas condiciones con las cuales se le permita a los agentes privados participar en la realización de los fines estatales; a la vez que debe encomendársele al ejecutivo la vigilancia y control de estas facultades. La comunidad debe ser un agente activo y protagónico en la construcción, evaluación y ejecución de las políticas públicas. No puede reducirse la actividad comunitaria al simple evento electoral periódico, muchas veces ajeno al sentir de la comunidad. Es por ello que

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 3-7.

resulta necesario transitar de la representación a la participación efectiva, visible y plena¹⁵⁴.

En el sentir de la FCM, el principio rector de la nueva carta Política, que haga posible la satisfacción de las necesidades básicas de participación y representación es el *municipalismo* (FCM, Febrero 22, 1991, p. 8). Este principio contiene la facultad estatal de atender las situaciones públicas más apremiantes, de manera eficaz y eficiente, mediante acciones públicas, privadas o mixtas, a través de su espacio natural para la acción y el desarrollo como es el Municipio. La FCM concibe al municipio como eje de la acción estatal y principal destinatario de los recursos públicos. Considera que la regulación funcional del municipio requiere de una ley marco, a través de la cual se relacione su capacidad fiscal, de gestión y de administración. Esta ley, también debe considerar las funciones de alcaldes y concejos. Una propuesta muy legible de la FCM es elevar el periodo de gobierno de los alcaldes a cuatro años y restringir la condición legal de creación de nuevos municipios, hasta tanto no se hayan satisfecho las condiciones mínimas administrativas, técnicas y funcionales de los ya existentes.

Pero así como el ordenamiento territorial, necesita ir de la mano de otras materias para funcionar correctamente, el municipio necesita que exista una entidad de intermediación y apoyo administrativo, eje de transmisión entre los municipios y la Nación: el departamento. Este debe brindar a los municipios apoyo técnico y administrativo, al tiempo que actúa como agencia de desconcentración de funciones nacionales. En la propuesta de la FCM, los departamentos deben estar igualmente categorizados de acuerdo a la ley marco de ordenamiento territorial, y al igual que lo municipios, debe restringirse la creación de nuevos departamentos, exceptuando a las intendencias y comisarias, que en el nuevo régimen se convertirían en departamentos¹⁵⁵.

Al lado de estos supuestos, se considera necesaria la creación de principios de las relaciones fiscales intergubernamentales, principios de asociación y flexibilidad funcional de las unidades administrativas, todos ellos enmarcados en leyes marco,

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p, 5 – 6.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p, 9-11.

realizadas por el Congreso de la República, porque la realidad de las entidades territoriales es diversa y cambiante, por lo tanto no pueden consagrarse en la Constitución competencias que posteriormente puedan cambiar y escapar de la realidad y las posibilidades de ejecución de las unidades administrativas. Por ello las competencias, el gasto público, las finanzas públicas y la participación ciudadana, deben estar definidas en leyes y no en la Constitución. Los municipios deben fortalecerse fiscalmente, es por ello que las finanzas públicas y el sistema de *transferencias intergubernamentales*, deben modificarse de acuerdo a los nuevos principios, pues si bien el proceso de municipalización tiene grandes bases, el mismo no tendrá ningún efecto, si a las localidades no se les entrega el dinero suficiente por parte de la Nación para cumplir con sus funciones, así como tampoco se logrará si a los municipios no se les asigna la competencia para crear sus propios tributos y así poder satisfacer las necesidades que la comunidad requiere que sean atendidas por el Estado.

Así pues, se llega a un articulado que lleva implícita y explícitamente al fortalecimiento del municipio como entidad protagonista de la vida política, económica y social del Estado. En el mismo orden que la FCM explicó los cambios necesarios para llegar a un reordenamiento de la administración territorial, está trazado el articulado, que parte de la intervención del Estado en la vida Nacional:

Artículo AA. Son misiones esenciales del Estado la administración de justicia, la defensa nacional, el servicio de policía de carácter nacional, el mantenimiento del orden público, el manejo de la moneda y el crédito, y el establecimiento de relaciones con otros estados y con los organismos de la comunidad internacional. El Estado garantizará, además, conforme a la ley de orientación programática, la participación de la iniciativa y la empresa privadas, una eficiente asignación de recursos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, que hayan sido identificadas y requeridas a través de los mecanismos de participación ciudadana, y con sujeción a sistemas de verificación del gasto realmente efectuado¹⁵⁶.

Como ya se ha explicado, la propuesta de la FCM parte de la base de que al Estado debe restringírsele su intervención y abrir paso a la coparticipación de los particulares

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 8.

en la *“identificación de prioridades, financiación, ejecución, control y evaluación del gasto público... La nueva modalidad de la intervención fiscal del Estado y la participación individual o comunitaria en la gestión del gasto, son los dos pilares de la economía moderna que confluyen en el municipio.”*¹⁵⁷

Siguiendo con la línea de la propuesta, esta manifiesta la necesidad de que el legislativo expida las nuevas normas generales de la nueva intervención del Estado, y por ende de la primacía de municipios, dictando las siguientes leyes marco¹⁵⁸:

- i. De la orientación programática.
- ii. De la participación ciudadana.
- iii. De las transferencias fiscales y el crédito para los niveles territorialmente descentralizados.
- iv. De la ordenación presupuestal.
- v. De control de la gestión pública.
- vi. Del ordenamiento territorial.

Consecuente con la argumentación previamente dada, el articulado relacionado directamente con el municipio, es el siguiente:

Artículo MM. Salvo las misiones esenciales del Estado, y los proyectos y servicios que, conforme a la ley programática asuma la Nación, y sus entes descentralizados, es responsabilidad exclusiva de los municipios la satisfacción de las necesidades de la comunidad de que trata el artículo AA. Sin embargo, en los términos que establezca la ley de ordenamiento territorial, los departamentos podrán concurrir al cumplimiento de esa responsabilidad en forma supletoria o complementaria, o los municipios podrán concurrir al cumplimiento de esa responsabilidad en forma supletoria o complementaria, o los municipios podrán acudir a las modalidades de interrelación o asociación entre entidades públicas o privadas o a la creación de nuevos entes, inclusive de carácter regional, los cuales pueden comprender municipios pertenecientes a varios departamentos.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 9-11.

Artículo NN. En cada municipio habrá un alcalde y un concejo municipal elegidos popularmente para periodos de tres años, conforme a las normas señaladas en el título de la Función Electoral. Todo lo relativo a la organización y funciones será definido por la ley de ordenamiento territorial.

Artículo OO. La ley de ordenamiento territorial definirá:

- a) El régimen de categorías de municipios y departamentos, las formas de establecer y modificar la pertenencia a ellas y sus efectos.
- b) El régimen de transferencias y sesiones de recursos nacionales y de provisión de recursos de crédito, en función de las categorías de entidades territoriales, y sistema de condicionamiento al esfuerzo fiscal de cada entidad territorial.
- c) La determinación de los casos en los cuales los departamentos pueden concurrir al cumplimiento de la responsabilidad municipal en forma suplementaria y complementaria.
- d) Las formas múltiples de interrelación y asociación con entidades públicas o privadas a las cuales pueden acudir los municipios para el cumplimiento de su responsabilidad constitucional y las modalidades de entes que pueden organizar para el mismo efecto.
- e) Determinación de las finalidades para las cuales pueden crearse modalidades de organización regional entre entidades territoriales y definición de su naturaleza, régimen jurídico, el cual deberá contemplar la posibilidad de ejercer iguales funciones a las atribuidas a los departamentos.
- f) Señalamiento de las competencias fiscales según categorías de entidades territoriales.
- g) Los tipos de estructura administrativa y las posibilidades de subdivisión política administrativa de las entidades territoriales, según categorías y otros factores, y el régimen de las Contralorías que deben organizarse en todos los municipios¹⁵⁹.

El texto de la FMC, establece mecanismos para que exista coordinación en los diferentes niveles de la administración. Parte de la idea de que los municipios deben contar con los recursos adecuados para poder ejecutar sus funciones y que la comunidad debe participar activamente en la elección de programas, así como en la asignación, ejecución y control del gasto, por medio de los criterios costo-beneficio. Es el municipio y no la Nación, quien debe ocupar el primer lugar en la acción estatal y dado que es siempre necesaria la participación ciudadana en las decisiones que así lo permiten, es el municipio quien se encuentra más cerca de la comunidad. Atendiendo a su criterio de flexibilidad, la propuesta de la FCM, deja en manos de la ley marco de ordenamiento territorial, la regulación de las disposiciones generales de municipios, alcaldes y concejos; se circunscribe a delimitar la intervención del Estado, para acto

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 14.

seguido otorgar la cláusula general de competencia al municipio y así cumplir con su cometido de manejar la acción estatal de forma vertical ascendente.

3. La Comisión II Permanente de la Asamblea Nacional Constituyente

La Comisión II de “*Ordenamiento territorial del Estado, autonomía regional y local*”, de la Honorable Asamblea Nacional Constituyente, estuvo conformada por los delegatarios Jaime Castro, Eduardo Espinosa Facio-Lince, Orlando Fals Borda, Juan B. Fernández, Carlos Fernando Giraldo, Juan Gómez Martínez, Lorenzo Muelas, Mariano Ospina, Héctor Pineda, Augusto Ramírez Cardona, Cornelio Reyes, Carlos Holmes Trujillo, Eduardo Verano de la Rosa y Gustavo Zafra Roldán. Actuó como presidente el delegatario Juan Gómez Martínez y como vicepresidente el delegatario Lorenzo Muelas.

La ponencia de las competencias de las entidades territoriales para la Comisión II, fue preparada por el delegatario Juan Gómez Martínez, quien en su exposición de motivos, se remite frecuentemente a la propuesta de la FCM. Señala en su propuesta de articulado sobre la necesidad de una Ley de Ordenamiento Territorial y las materias que ella deberá regular, incluyendo la asignación de competencias de acuerdo a la categorización y la cláusula general de competencia para el municipio. Formula artículos asignando competencias específicas a las diversas entidades territoriales, para ser incluidas en el título de la Organización territorial, apartándose aquí de la propuesta de la FCM, pues tratándose del municipio, la FCM es enfática en afirmar que la asignación de competencias no debe hacerse desde la Constitución, en el entendido de que la misma debe ser flexible, dadas las características especiales de desarrollo y progreso que enfrentan los municipios en el proceso de descentralización.

De otro lado, los delegatarios Carlos Holmes Trujillo y Héctor Pineda, presentaron en su ponencia del municipio, a la Comisión II, los siguientes artículos para su estudio:

ARTICULO: Del municipio

El municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado y goza de plena autonomía para el manejo de los asuntos de su competencia.

ARTÍCULO: De las competencias municipales

Salvo las misiones esenciales del Estado, y los proyectos y servicio que, conforme a la ley orgánica de la planeación asuman la Nación y sus entes descentralizados, es responsabilidad de los municipios la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Sin embargo, en los términos que defina la Ley de Ordenamiento Territorial, los departamentos y demás entidades que se creen concurrirán al cumplimiento de esa responsabilidad en forma supletoria o complementaria, o los municipios podrán acudir a las modalidades de interacción o asociación entre entidades públicas, o privadas, o la creación de nuevos entes, inclusive de carácter regional, los cuales pueden comprender municipios pertenecientes a varios departamentos.

ARTÍCULO: Del Alcalde

En cada municipio habrá un alcalde que será jefe de la administración municipal y agente del Estado, elegido popularmente para períodos de cuatro (4) años y ninguno podrá ser reelegido para el periodo siguiente. La Ley de Ordenamiento Territorial, determinará lo relativo a la suspensión o destitución de los alcaldes, las calidades, inhabilidades e incompatibilidades, fecha de posesión, faltas absolutas o temporales, y formas de llenarlas y las demás disposiciones necesarias para su elección y el normal desempeño de sus cargos.

ARTÍCULO: Del Alcalde suplente

En cada municipio habrá un alcalde suplente, elegido simultáneamente con el alcalde. Este reemplazará al alcalde en los casos de falta absoluta o destitución. La ley de ordenamiento territorial determinará lo relativo a las faltas absolutas del alcalde suplente y la forma de reemplazarlo.

ARTICULO: De las funciones del Alcalde.

Son funciones del alcalde:

- a. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas y acuerdos.
- b. Elaborar el presupuesto y el plan de desarrollo para el estudio y aprobación del concejo municipal.
- c. Colaborar con el concejo en el buen desempeño de sus funciones, presentando un informe general sobre su administración, cada vez que aquel se reúna en sesiones ordinarias y convocarlo a reuniones extraordinarias cuando fuese necesario.
- d. Presentar al concejo los proyectos de acuerdo que juzgue conveniente para la buena marcha del municipio.
- e. Sancionar u objetar los acuerdos expedidos por el concejo, de conformidad con la ley.
- f. Vigilar el cumplimiento de los objetivos sociales de las instituciones de utilidad común con residencia en el municipio.
- g. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el presupuesto.
- h. Ejercer las atribuciones delegadas por el presidente de la República y el gobernador.
- i. Las demás que le asignen la constitución y las leyes.

ARTÍCULO: Del Concejo municipal

En cada municipio habrá una corporación administrativa de elección popular, que se denominará Concejo Municipal y será elegido para un periodo de cuatro (4) años. La ley de ordenamiento territorial, según la categoría de municipio, determinará el número de

miembros y su remuneración. La ley determinará las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones extraordinarias. Dentro de los límites de cada municipio, la ley podrá crear círculos para la elección de concejales con base a la población respectiva.

ARTÍCULO: De las atribuciones del Concejo municipal. Son atribuciones del Concejo, que ejerce conforme a la Constitución y a la ley las siguientes:

- a. Ordenar, por medio de acuerdo, lo concerniente para la administración del municipio.
- b. Determinar la estructura de la administración y las distintas categorías de empleos y salarios.
- c. Crear las entidades y organismos municipales para el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.
- d. Decretar los tributos necesarios en el marco de la Constitución y la ley.
- e. Estudiar el plan de desarrollo y el presupuesto de rentas y gastos, y aprobarlo con las modificaciones o adiciones necesarias, de acuerdo a la ley.
- f. El concejo municipal, mediante el uso de la moción de censura, aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, ejercerá control sobre los actos de gobierno de los secretarios de despacho y gerentes o directores de entidades descentralizadas del orden municipal.
- g. Reglamentar las leyes marco expedidas por el órgano legislativo en la competencia que le sea asignada por la constitución y la ley.
- h. Reglamentar la inspección y vigilancia que se ejercerá sobre todas las actividades de construcción, parcelación de inmuebles, urbanizaciones y asentamiento humanos, así como respecto de la oferta y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, que se realicen en su jurisdicción.
- i. Fijar las tarifas de los servicios públicos de acuerdo a la competencia que para ello establezca la constitución y la ley.
- j. Las demás que la constitución y la ley señalen¹⁶⁰

Se observa de la propuesta de articulado de los delegatarios Holmes Trujillo y Pineda, que se apartan sustancialmente de la propuesta de la FCM, en tanto señalan en la Constitución, las funciones del alcalde y los concejos municipales, introduciendo en las atribuciones de éste la *moción de censura* a los secretarios de despacho y gerentes o directores de entidades descentralizadas. Aparece además en su propuesta, la figura del alcalde suplente, que de ninguna manera fue tocada por la Federación. Por lo demás, conserva el principio municipalista y la cláusula general de competencia en cabeza del municipio.

Los Honorables Constituyentes miembros de la Comisión II, llegaron al acuerdo de realizar todas y cada una de las ponencias sobre los temas que les correspondía

¹⁶⁰ Carlos Holmes Trujillo & Héctor Pineda. (Abril 11, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (43), p. 17.

estudiar sobre el ordenamiento territorial y la autonomía local, sin realizar ninguna votación sobre los artículos propuestos. Eligieron, una subcomisión redactora, que se encargaría de elaborar un proyecto integral de articulado, para votar en la Comisión y llevar al primer debate en la Sesión plenaria. Los miembros de esta subcomisión fueron los delegatarios Jaime Castro, Eduardo Espinosa, Cornelio Reyes y Eduardo Verano de la Rosa. La elaboración de los artículos del municipio, tuvo como punto de partida la ponencia realizada por los delegatarios Carlos Holmes Trujillo y Héctor Pineda. Los artículos aprobados por la Comisión II para ser llevados a primer debate fueron:

Artículo 5. Al municipio, como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos conforme a la ley, construir la infraestructura física local, ordenar el desarrollo de su territorio, propiciar la participación comunitaria y cumplir las demás funciones que les asignen la constitución y las leyes.

Artículo 6. En cada municipio habrá una corporación administrativa de elección popular, para períodos de cuatro años, que se denominará Concejo, la cual estará integrada por el número de miembros que determine la ley, teniendo en cuenta la población respectiva, los que solo podrán ser elegidos para un periodo. No se elegirán concejales suplentes. En caso de falta absoluta de un concejal, será reemplazado por el siguiente candidato no elegido en la misma lista.

Artículo 7. Corresponde a los Concejos:

1. Reglamentar las funciones y la oportuna y eficiente prestación de los servicios a cargo de los municipios.
2. Adoptar planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.
3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer pro tempore precisas funciones que le corresponden a los concejos.
4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley, los tributos y gastos locales.
5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias: las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales, y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.
7. Reglamentar los usos del suelo y dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.
8. Elegir el personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine.
9. Los demás que la constitución y la ley les asignen.

Artículo 8. En cada municipio habrá un alcalde, que será jefe de la administración local, elegido popularmente, para períodos de cuatro años, y no será reelegido para el periodo siguiente. En cada municipio habrá un alcalde suplente, elegido el mismo día que el

principal, quien reemplazará al titular en los casos de falta absoluta. La ley determinará lo relativo a las faltas absolutas del alcalde suplente y la forma de reemplazarlo.

Artículo 9. Son atribuciones de los Alcaldes:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas departamentales, los decretos del gobernador y los acuerdos de los concejos, así como las disposiciones emanadas de los entes territoriales del nivel superior al municipio.
2. Como jefe de la Policía local, conservar el orden público del municipio, conforme a las disposiciones nacionales.
3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de sus servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente, y nombrar y remover los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local.
4. Suprimir o fusionar las entidades y órganos municipales, si lo considera necesario, para la buena marcha de la administración.
5. Presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo de planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos, los cuales se presentaran para su reflexión con la comunidad en cabildos abiertos, sesenta días antes de la presentación a los respectivos concejos.
6. Sancionar y promulgar los proyectos de acuerdo, que hubieren sido aprobados por el concejo, y objetar los que considere inconvenientes o contrario a ordenamiento jurídico vigente.
7. Crear, suprimir y fusionar los empleos municipales y fijar sus emolumentos, con arreglo a los acuerdos correspondientes, y sin crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.
8. Colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentando un informe general sobre su administración, cada vez que aquel se instale en sesiones ordinarias; convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que solo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue citado.
9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y presupuesto; y
10. Las demás que la constitución y las leyes les señalen¹⁶¹.

Si bien en la exposición de motivos de las ponencias sobre el tema, la propuesta de la FCM, es texto de consulta y fundamentación, para los delegatarios, es evidente su distanciamiento a la hora de plasmar las necesidades del municipio en artículos para la Constitución. Esta ponencia de la Comisión segunda, así como la de los delegatarios Carlos Holmes Trujillo y Héctor Pineda, distan de la propuesta de la FCM, pues en cuanto a las competencias del municipio, cambian absolutamente la redacción de la cláusula general de competencia, aspecto este que podría dejar entrever cambios sustanciales en la asignación de funciones al municipio, ya no determinador por la ley,

¹⁶¹ Gustavo Zafra Roldán. (Mayo 23, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (80), p, 8 - 9.

según su categoría, si no establecidos genéricamente desde la Constitución misma. Conservando acaso la figura del Alcalde suplente y la asignación de atribuciones a los alcaldes y concejos.

En este punto, es importante señalar, que si bien hubo un informe ponencia de la Comisión II, con una cantidad de artículos aprobados para llevar a la plenaria de la ANC, para su debate y posterior votación, también es cierto que no fue una discusión serena y que no todos los delegatarios de la Comisión, se sentían identificados con el articulado propuesto. El municipio, como entidad fundamental de la organización político-administrativa del Estado, fue uno de los pocos temas, en los cuales hubo consenso entre los Honorables Constituyentes¹⁶².

4. Primer debate en la Plenaria

El primer de debate en sesión plenaria sobre el tema de ordenamiento territorial, inició con una exposición general del tema realizado por el Honorable Constituyente Gustavo Zafra Roldán, quien no se esforzó por ocultar su descontento, con lo aprobado por la Comisión Segunda a la cual perteneció, en cuanto a unidades administrativas y división del territorio, pues lo considera “*descoordinado, ineficiente e ineficaz*”¹⁶³.

El tema municipal y en consecuencia lo aprobado por la comisión al respecto, se llevó a la plenaria en la voz del delegatario Carlos Holmes Trujillo, quien destaca al municipio como entidad fundamental en la organización del Estado, la implementación de la autonomía local para asegurar procesos más democráticos, la inclusión de nuevos mecanismos de participación ciudadana, para hacer realidad la democracia participativa, la aplicación de los criterios de categorización, clasificación y tipificación de los municipios, para desde una discriminación positiva a los territorios locales,

¹⁶² *Ibíd.*, p, 2-23.

¹⁶³ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria; Junio 13, 1991, p, 57-69.

reconocer la diversidad municipal; finalmente se refiere a la necesidad de recursos de los municipios y a las competencias fiscales que deben asignársele¹⁶⁴.

Gracias al malestar que se tornó general en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto a no encontrarse sustancialmente o formalmente las diversas propuestas del ordenamiento territorial, se decidió por parte de la presidencia colegiada, nombrar una Comisión Accidental, integrada por los delegatarios Álvaro Leyva, Gustavo Zafra, Carlos Holmes Trujillo, Eduardo Verano de la Rosa, Rodrigo Lloreda Caicedo, Orlando Fals Borda, Lorenzo Muelas, Guillermo Plazas Alcid y Francisco Rojas Birry, que se encargara de tomar los artículos aprobados y traídos a la Plenaria por la Comisión Segunda, así como los artículos sustitutivos y aditivos presentados por lo demás constituyentes de forma individual o colectiva, para construir un articulado, que recoja y armonice las aspiraciones de cada uno de los Constituyentes y que sea coherente en la ordenación del territorio y así poder votar en primera vuelta el articulado que sería enviado a la comisión codificadora.

5. Votación primera vuelta

La Comisión Accidental presentó a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, los siguientes artículos del ordenamiento territorial relacionados directamente con el régimen municipal. Fueron votados como se relaciona a continuación:

El municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la constitución y las leyes (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p. 146)¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 13, 1991, p. 89-91

¹⁶⁵ Artículo traído por la comisión accidental, aprobado con 46 votos afirmativos, el veintidós (22) de junio de 1991 (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p. 148).

El artículo referente al Concejo Municipal que trajo la Comisión Accidental, se votó por partes así:

En cada municipio habrá una corporación administrativa de elección popular para periodos de tres años que se denominará concejo municipal, la cual estará integrada por el número de miembros que determine la ley, teniendo en cuenta el volumen de la población respectiva. Podrán ser reelegidos por periodos que sumados no excedan de 12 años. No se nombrarán concejales suplentes, la falta absoluta de un concejal [o su ausencia temporal por enfermedad comprobada]¹⁶⁶ será cubierta por el siguiente candidato no elegido en la misma lista. [El Consejo Nacional Electoral, podrá dividir las ciudades en círculos y determinar el número de Concejales que cada uno de ellos elegirá]¹⁶⁷

Parágrafo transitorio: Los Concejales que se elijan en 1992, ejercerán sus funciones hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 1994¹⁶⁸

Salvo las disposiciones agrupadas en corchetes, estos incisos y el parágrafo transitorio fueron aprobados el día veintidós (22) de junio de 1991, con una votación de 54 votos afirmativos.

[Con las limitaciones que establezca la ley, tendrán derecho a honorarios por su asistencia a las sesiones de los correspondientes concejos]¹⁶⁹; [los concejales no tendrán por ese solo hecho la condición de empleados públicos]¹⁷⁰. Su aceptación de cualquier empleo, constituye falta absoluta^{171 172}

¹⁶⁶ La frase entre corchetes fue negada por la plenaria con 31 votos negativos, 5 abstenciones y 5 votos afirmativos, el día veintidós (22) de junio de 1991 (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 154-155).

¹⁶⁷ La disposición referente al CNE fue negada por la plenaria con 12 votos negativos, 17 abstenciones y 20 votos afirmativos, el día veintidós (22) de junio de 1991 (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 155-156).

¹⁶⁸ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 149-150.

¹⁶⁹ Esta primera parte registró 43 votos afirmativos, 4 votos negativos y 4 abstenciones (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 160).

¹⁷⁰ La segunda parte del inciso tuvo 44 votos afirmativos, 4 abstenciones y no se registraron negativas (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 161).

¹⁷¹ Inciso con 48 votos afirmativos, no se registraron votos negativos ni abstenciones (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 162).

¹⁷² Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 157.

Se considera cada una de las partes anteriores, integrantes de la totalidad del artículo correspondiente al concejo municipal, el cual al ser votado como un único cuerpo registró 47 votos por la afirmativa, sin registro de votos negativos, ni abstenciones, en la misma fecha, junio veintidós (22) de 1991¹⁷³

En cuanto a las atribuciones del Concejo Municipal, el artículo conciliado por la comisión accidental fue aprobado por 44 votos afirmativos, 2 votos negativos y 2 abstenciones, salvo aquella atribución que se refería a “Presentar moción de censura respecto de los secretarios de despacho, de directos y gerentes de entidades”¹⁷⁴ la cual fue negada con una votación de 8 votos afirmativos, 18 votos negativos y 15 abstenciones. El artículo aprobado reza:

Corresponde al Concejo Municipal:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.
2. Adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas del municipio.
3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro-tempore precisas funciones de las que corresponden al concejo.
4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales.
5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, crear a iniciativa del alcalde establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.
7. Reglamentar los usos del suelo y dentro de los límites que fije la ley vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.
8. Elegir personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine.
9. Dictar las normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.
10. Los demás que la constitución y la ley le asignen.
11. Elegir contralor de ternas integradas por dos nombres presentados por el tribunal superior respectivo y otro por el tribunal contencioso administrativo¹⁷⁵.

¹⁷³ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 164.

¹⁷⁴ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p, 171-172.

¹⁷⁵ Secretaría General, Junio 27, 1991, p, 26.

El artículo aprobado para el Alcalde, votado el 22 de junio de 1991 y aprobado con 53 votos, consagra:

En cada municipio habrá un Alcalde que será jefe de la administración local y representante legal del municipio, elegido popularmente para periodos de tres años y no será reelegido para el periodo siguiente. El Presidente de la República y los Gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los alcaldes de su departamento, la ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esa atribución¹⁷⁶

Finalmente el texto aprobado con 48 votos en relación con las atribuciones del Alcalde fue:

Son atribuciones del Alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, las ordenanzas, los decretos del gobierno y los acuerdos del concejo.
2. Conservar el orden público en el municipio, de acuerdo con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. Las órdenes que el alcalde dé a la policía, se impartirán por medio del respectivo comandante, serán de carácter obligatorio y deberán ser atendidas con prontitud y diligencia.
3. Dirigir la acción administrativa del municipio, asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, representarlo judicial y extrajudicialmente, y nombrar y remover los a los funcionarios de la administración, gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local de acuerdo con las disposiciones pertinentes.
4. Suprimir o fusionar las entidades y órganos municipales, si lo considera necesario para la buena marcha de la administración.
5. Presentar oportunamente al consejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime conveniente para la buena marcha del municipio.
6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico vigente.
7. Crear, suprimir y fusionar los empleos municipales. Señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que exceden el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.
8. Colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentando un informe general sobre su administración cada vez que éste se instale en sesiones ordinarias y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que solo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.
9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.
10. Las demás que señalen la constitución y la ley (Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Junio 22, 1991, p. 184-199).

¹⁷⁶ Secretaría General, Junio 27, 1991, p. 26.

Como puede evidenciarse de la lectura de las normas jurídicas aprobadas, si bien la Asamblea Nacional Constituyente considera importante y necesario el fortalecimiento del municipio como la entidad fundamental de la acción del Estado y la profundización en el proceso de descentralización y autonomía local, también se aleja bastante de la propuesta de la FCM, en su forma de consagrar las competencias y las figuras propias del municipio, asignando desde la Constitución atribuciones a los Alcaldes y Concejos que no se compadecen, con los criterios de flexibilidad exigidos por la propuesta de la FCM.

6. Segundo debate y votación

Teniendo en cuenta la premura del tiempo y las dificultades en las que se vio envuelta la Comisión Codificadora, encargada de tomar todos los artículos aprobados en primera vuelta y darles un orden lógico, así como ubicarlos en el cuerpo de la Constitución, concordarlos y realizar las sugerencias necesarias para que los artículos revistieran una redacción, gramática y ortografía impecables, pero sin modificar su contenido sustancial; la plenaria decidió, que para agilizar el segundo debate, tomaría los artículos por temas, tal y como los ordenó la Comisión Codificadora y lo sometería a la aprobación de los Honorables Constituyentes sin abrir el debate. Los artículos sobre los cuales no hubiese ninguna observación respecto de lo presentado por la Comisión Codificadora, se votarían en bloque, y los artículos que fueran objetados por al menos cinco (5) constituyentes se votarían separadamente de la siguiente manera:

1. El artículo aprobado en primera vuelta.
2. El artículo de la Comisión Codificadora.
3. Las sustitutivas presentadas por los Honorables Constituyentes.

Es así como el día dos (2) de julio de 1991, se votaron y aprobaron en bloque los siguientes artículos, traídos por la Comisión Codificadora, con una votación de 41 votos afirmativos:¹⁷⁷

Artículo 327: Al municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, contribuir a las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la constitución y las leyes.

Artículo 330: Corresponde a los Concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.
2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.
3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro-tempore precisas funciones de las que corresponden al concejo.
4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales.
5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, crear a iniciativa del alcalde establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.
7. Reglamentar los usos del suelo y dentro de los límites que fije la ley vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.
8. Elegir personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine.
9. Dictar las normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.
10. Los demás que la constitución y la ley le asignen.

Artículo 332: Son atribuciones del Alcalde:

1. Cumplir y hacer cumplir la constitución, la ley, las ordenanzas, los decretos del gobierno y los acuerdos del concejo.
2. Conservar el orden público en el municipio, de acuerdo con la ley y las instrucciones y ordenes que reciba de del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las ordenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.
3. Dirigir la acción administrativa del municipio, asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, representarlo judicial y extrajudicialmente, y nombrar y remover los a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o

¹⁷⁷ Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria Julio 2, 1991, p. 47.

directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

4. Suprimir o fusionar las entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

5. Presentar oportunamente al consejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime conveniente para la buena marcha del municipio.

6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que exceden el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

8. Colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que solo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.

9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

10. Las demás que señalen la constitución y la ley.

Los artículos 328 y 331 superiores, correspondientes al Concejo Municipal y a la figura del Alcalde, fueron objetados por la cantidad de señores delegatarios señalados en el reglamento, razón por la cual se votaron por separado. En ambos casos se votó como se había acordado, y los artículos aprobados fueron los llevados por la Comisión Codificadora, cada uno en su momento, aprobado por 41 votos afirmativos. Los textos aprobados por la Presidencia de la República, Centro de Información y sistemas para la preparación de la ANC, Transcripción de Sesiones, Plenaria (1991), son:

Artículo 328: En cada municipio habrá una corporación administrativa, elegida popularmente para periodos de tres años, que se denominará concejo municipal, integrada por no menos de 7 miembros y no más de 21, según lo determine la ley, atendida la población respectiva. La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los casos en que los concejales tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. Su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta.

Artículo 331: En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos de tres años, no reelegible para el periodo siguiente. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados en la ley, suspenderán o sustituirán a los alcaldes. La ley establecerá las sanciones a las que hubiere lugar en el ejercicio indebido de esa atribución.

7. A manera de conclusión

Las disposiciones finalmente acogidas por la Asamblea Nacional Constituyente respecto al régimen municipal, fueron las traídas por la Comisión Codificadora, que en este caso en especial, no adolecieron de los vicios que en otros temas, motivaron la insatisfacción de los Honorables Constituyentes, pues los cambios obedecían únicamente a aspectos de redacción y coherencia gramatical. En lo atinente a su relación con la inicial propuesta de la Federación Colombiana de Municipios, puede decirse que se logró el principal cometido de la propuesta y ello es erigir al *Municipio* en la unidad administrativa principal de la organización del Estado. Sin embargo, la materialización del principio municipalista en la Constitución Política de 1991, no está dada como lo había previsto la propuesta de *Reordenamiento de la administración territorial* (FCM, Febrero 22, 1991), pues los principios de coordinación, flexibilización y categorización, están desdibujados en las normas constitucionales aprobadas.

El texto constitucional, es verdaderamente exhaustivo en el tema de derechos y funcionamiento de algunas ramas del poder público, asimismo, fueron los debates que se dieron en la Asamblea sobre estos temas, pero el ordenamiento territorial, siempre se vio limitado por las presiones del tiempo y no se construyeron grandes consensos en torno a cuál iba a ser la política de ordenamiento territorial que se implantaría en la nueva Constitución. La propuesta de la FCM estaba bien edificada y técnicamente soportada, pero al mismo tiempo fue muy ambiciosa y en su interés de posicionar al municipio, lo mostró soberbio y desbordado en competencias. Es notorio que para los Honorables delegatarios, el proyecto presentado por la FCM, comprende un estudio serio de la realidad estatal, incluyendo no solo las unidades administrativas, sino definiendo los cambios necesarios en materia fiscal y participativa para lograr un verdadero giro, que ponga al municipio en el centro de la vida nacional y desplace al sector central a cumplir las tareas específicas que le competen y por ello es fuente principal de consulta en el tema; pero el proyecto proponía reformas que no solo afectaban el ordenamiento territorial, sino que además modificaban funcionalmente la rama ejecutiva y legislativa del poder público.

La Federación siempre defendió su independencia y autonomía en la redacción y defensa de su propuesta llevada ante la Asamblea Nacional Constituyente. En su sentir, su propuesta, no estuvo anclada a los intereses de ningún grupo que aspire al poder y tampoco se convirtió en la plataforma de ningún partido político. Fueron reformas racionales y necesarias para fortalecer el proceso de descentralización. Reformas que incluían cambios drásticos a la rama legislativa y ejecutiva y que las limitarían funcionalmente, razón por la cual no tuvieron buen recibo. Pues quedó demostrado que los integrantes de la Comisión Segunda y la Plenaria de la Asamblea no podían ser ajenos a los grupos políticos y a los intereses que la FCM consideraba contraproducentes para el verdadero desarrollo del municipio.

Al mirar hacia atrás el gran logro de la FCM, en tanto expresión ciudadana, fue visibilizar la importancia política, pública y administrativa del municipio. Logro que tuvo acogida gracias al respaldo de algunos delegatarios que por su cercanía funcional y política con la FCM ayudaron a defender la causa municipalista, pero el contenido y desarrollo del municipio, como quedó finalmente en el texto constitucional, no refleja la esencia o la naturaleza de los planteamientos y de los alcances de la propuesta proveniente de la Federación Colombiana de Municipios.

Sección Cuarta. Medios de Comunicación, Periodistas y Asamblea Nacional Constituyente

Es evidente la estrecha relación que existe entre régimen democrático y libertad de prensa. En su acepción más amplia la libertad de prensa recoge otros derechos esenciales como la libertad de expresión, la libertad de oficio, el derecho a informar y ser informado, a través de los cuales se puede medir la temperatura del régimen democrático. La democracia es el régimen político que más canales abre para que la libertad de prensa sea posible. Libertad de prensa como condición necesaria para que haya opinión pública, deliberación político y disenso. Libertad de prensa como pretexto para asegurar el ejercicio del periodismo, el respeto por la vida de los periodistas y el acceso a los recursos a través de los cuales la información resulte posible. Información en todas las direcciones y con todos los colores.

La Asociación Colombiana de Periodistas [ACP] y el Colegio Altos Estudios Quirama fueron las organizaciones que recogieron el mayor número de propuestas para llevar a la Asamblea nacional Constituyente de manera ordenada y razonable. Este capítulo se propone mostrar el recorrido trazado por la ACP y el Colegio Altos Estudios Quirama frente a la Asamblea Nacional Constituyente sobre lo que llevaron a la mesa y lo que finalmente se redactó en el texto oficial.

1. Los Medios de Comunicación

Afirma Luna Pla que un medio de comunicación es “*cualquier objeto que hace las veces de vía para conducir información de un sujeto a otro*”¹⁷⁸ (Pla, 2011, p. 4) Estas vías son recursos a los que gran parte de la población tiene acceso. Estos recursos son prensa, radio y televisión. En el proceso de informar, el manejo de estas vías juega un papel determinante porque quien las opere puede determinar el alcance de la agenda pública e incidir en las perspectivas sociales, políticas, económicas y culturales de la sociedad. Tradicionalmente se ha entendido que la democracia es el gobierno del pueblo donde la participación de todos los ciudadanos y sectores de la sociedad participa de la toma de decisiones públicas vinculantes (Bobbio, 1999). Es por ello que se confirma la tesis de necesidad entre medios de comunicación y sistema político popular.

El uso público de los canales de comunicación exige información veraz, oportuna, completa, objetiva, desarrollada y analizada desde varios puntos de vista. Que le permita a la ciudadanía formar sus juicios y sus decisiones. En una sociedad democrática, la información debe ser ajena a manipulaciones y a intereses particulares. En una doble vía, la libertad de informar, de no ser censurado, de poder analizar críticamente, así como la libertad de acceso a la información en los términos que hemos referido, son una clara expresión de lo democráticas o no, que pueden ser las sociedades. El libre acceso a los medios de comunicación por parte de los ciudadanos y de las diferentes expresiones organizativas de la sociedad a través de las concesiones otorgadas por el Estado garantiza la pluralidad de información al resto de

¹⁷⁸ Isabel Pla. *Medios de comunicación y democracia: realidad, cultura cívica y respuestas legales y políticas*. En: Revista Razón y palabra. Octubre – noviembre. No 23 – 2001.

los ciudadanos, y permite que no existan monopolios que los utilicen como instrumentos al servicio de un sector político y económico determinado; es por esto que:

El Estado debe intervenir para poner freno a ese comportamiento nocivo, pues es claro que los servicios de radio y televisión no pueden estar a disposición de los intereses de los conglomerados industriales y financieros porque, como siempre lo predicó Luis Carlos Galán, el pluralismo informativo es la única garantía eficaz para preservar la objetividad de la información¹⁷⁹.

Jürgen Habermas plantea que es necesario fortalecer la formación de una cultura democrática mediante el ejercicio de la opinión para apoyar el control participativo de la sociedad sobre el Estado *“la formación de una cultura democrática, de una opinión pública razonante depende de que los medios de comunicación se abran a la expresión de las diferencias, a la expresión de la pluralidad (...)”*¹⁸⁰

En cuanto a los atributos del derecho a la información, es decir, a las características y exigencias que lo definen como uno de los derechos esenciales del ser humano a finales del siglo XX, podría decirse que su enunciado no queda completo si no se agrega que la información debe ser veraz y oportuna y si no se garantiza el libre acceso a los medios de comunicación en condiciones de igualdad de las distintas fuerzas sociales y políticas. Solo si se reúnen las anteriores condiciones podrá decirse que se cumple el derecho a la información. No se trata entonces solo de informar y ser informado, sino de informar y de ser bien informado¹⁸¹.

La información, la pluralidad, la participación, la libertad, el acceso a los medios y a la información hacen parte de todo el proceso democrático. Democracia y participación no pueden entenderse de manera aislada; tienen una relación simbiótica en la cual el rumbo y el devenir de la sociedad está determinado por la clase de información y de conocimiento que tengan sus ciudadanos, por la capacidad de interpretar y asimilar la información suministrada en pos de una transformación en la cual el interés general sea el que prevalezca en el conglomerado social.

¹⁷⁹ Carranza, M. M. & Leyva, Á. (Marzo 21, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (25), p, 19.

¹⁸⁰ Rojas Birry, Op Cit., p, 9.

¹⁸¹ Carranza & Leyva, Op Cit., p, 19-20.

2. Propuesta de la Asociación Colombiana de Periodistas

La ACP fue creada en la ciudad de Bogotá en el año de 1959 por Hernán Gallego Gallego. Suscrita en 1962 como entidad gremial y sindical, es la más antigua del país, y hoy gran parte de sus integrantes están vinculados a los distintos medios de comunicación escrita, radio y televisión. La participación de la ACP en la constituyente de 1991 consistió en la presentación de una propuesta de articulado donde plasmaron una serie de garantías y derechos en favor de todos los periodistas y garantías para el ejercicio de la profesión. Algunas de estas propuestas fueron acogidas y reproducidas por constituyentes pertenecientes a partidos de izquierda, otras no tuvieron ningún eco en el desarrollo de este proceso democrático.

Esta iniciativa se encuentra relacionada en la Gaceta Nro. 61¹⁸². El artículo 42 de la Constitución Nacional quedará así: la prensa: hablada, escrita, visual: (cine y televisión) es libre en tiempos de paz y de guerra, interna y externa, respetando su libertad de información y expresión durante la vigencia de los estados de sitio, por conmoción interna, pero será responsable por las omisiones o violaciones de la ley.

Los medios de comunicación masivos, los individualizados, la industria de la prensa, los gremios periodísticos y los periodistas nacionales, gozarán del amparo constitucional y legal para la divulgación de sus noticias y trabajos periodísticos, por ser inherente al ejercicio de esta profesión la libertad de expresión, la cual la protegerá el Estado colombiano mediante la creación y funcionamiento de la Rama Administrativa y Jurisdiccional de comunicaciones masivas y prensa. Para tal fin se creará y se organizará en forma inmediata, la Superintendencia Nacional de este campo, salas constitucionales, tribunales seccionales, jueces regionales y locales, del ramo.

El Congreso de la República, previa consulta y consejería de las asociaciones nacionales de los periodistas, debidamente reconocidos por la ley actual, aprobará una ley relativa a la legislación sustancial y adjetiva para el funcionamiento de la Rama Jurisdiccional de las comunicaciones masivas y prensa.

¹⁸² Asociación Colombiana de Periodistas -ACP-, Abril 27, 1991, p. 16.

Parágrafo 1º. Los periodistas nacionales serán protegidos de manera especial en su seguridad social, personal y profesional, para lo cual queda investido el presidente de la República para conceder y reglamentar tal fin, en forma inmediata y permanente, según fueren las necesidades de este gremio.

Parágrafo 2º. Los periodistas nacionales y extranjeros residentes en Colombia no podrán ser privados de su libertad por delitos políticos o común alguno, sin que medie autorización expresa de la Superintendencia Nacional del ramo, mediante resolución motivada y en firme que haya hecho tránsito a cosa juzgada, ante la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; tampoco podrán ser reclusos en centros de detención o penitenciarios sino que se les dará su domicilio personal o familiar por cárcel, con las seguridades y vigilancias debidas por parte del Estado.

Parágrafo 3º. Los hijos de los profesionales de este ramo, reconocidos por la ley, gozarán de educación primaria, secundaria y universitaria gratuitas a cargo del Estado colombiano.

Parágrafo 4º. Los periodistas nacionales profesionales tendrán derecho a reclamar y obtener ante la Caja Nacional de Previsión Social, o ante quien haga sus veces y a cargo del Estado, su pensión de jubilación y servicios médicos hospitalarios asistenciales extensivos a su cónyuge o compañero (a) permanente, al cumplir 20 años de haber sido declarado periodista profesional. Para efectos del estimativo del valor de su pensión de jubilación de los periodistas independientes se tendrá en cuenta el 100 por ciento del último salario mínimo legal mensual más alto vigente al momento de su solicitud, cuatro veces. La Superintendencia Nacional del Ramo reglamentará este derecho.

Parágrafo 5º. El Estado sostendrá permanentemente en materia presupuestal las Asociaciones Nacionales de Periodistas existentes en Colombia.

Parágrafo 6º. Los equipos industriales y logísticos que requieran la prensa y los periodistas de Colombia serán de libre importación y exentos de toda clase de impuestos.

Parágrafo 7º. Se prohíben los monopolios editoriales y periodísticos en Colombia. La ley prescribirá lo relativo a este asunto.

Parágrafo 8º. El Estado le dará obligatoriamente participación a la empresa privada en la explotación de todos los medios de comunicación conjunta o individualmente y autorizará las frecuencias y canales de las estaciones privadas de televisión a nivel nacional o regional y local; la ley reglamentará su funcionamiento.

3. Propuesta de El Colegio Altos Estudios Quirama

Organización no estatal que participó en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Se fundó en 1989 en el departamento de Antioquia, y tiene como objetivo principal *“propiciar la integración cultural y el encuentro de los seres humanos consigo mismos, con los demás, con la naturaleza y con Dios”*. Sus ejes de trabajo consisten en la formación de la dirigencia, contribución al fortalecimiento de organizaciones armónicas, integrales y formadas en valores y en la proposición de nuevas formas de gobierno en lo político, en lo económico, en lo social y en lo cultural.

Esta organización realizó propuestas en torno a los medios de comunicación y los derechos de quienes desempeñan este ejercicio. Igual que la ACP, algunas de sus propuestas tuvieron desarrollo en las comisiones de la constituyente, otras no lograron avanzar o no lograron generar el interés generados en los integrantes de las comisiones. La propuesta realizada se referencia en la gaceta Nro. 34¹⁸³

Artículo 37. Derecho a la información

¹⁸³ Colegio de Altos Estudios de Quirama, Abril 2 de 1991, p. 5.

Todas las personas tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento, ideas u opiniones, mediante la palabra, el escrito u otros medios de difusión. La ley, en procura de hacer efectivo este derecho, señalará los espacios de acceso obligatorio al público en los medios de comunicación. Todas las personas tienen derecho a informar y a ser informadas de manera veraz. En este sentido, los medios de comunicación son libres y no pueden ser sometidos a censura previa sino durante el estado de sitio o de conmoción interior. La ley determinará su responsabilidad para los casos en que difundan informaciones que atenten contra la dignidad de las personas o el orden público, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponda a los autores. Toda persona tiene derecho a su intimidad, la que el Estado respetará y hará respetar, de igual modo, tiene derecho a conocer informaciones y referencias relativas a ella misma, existentes en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, así como los fines de dicha información, y a solicitar su rectificación o actualización.

La organización y el control de los medios de comunicación social dependientes del Estado se regularán por ley. Ninguna empresa editorial de periódicos, ni otro medio de comunicación social podrán, sin permiso del Gobierno y con arreglo a la ley, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras. Las frecuencias de radio y televisión son propiedad de la Nación. Las bandas de frecuencia modulada pertenecen a los departamentos.

Artículo 38. Inviolabilidad de las comunicaciones

Las comunicaciones son inviolables. Para la tasación de impuestos o la obtención de pruebas, podrá exigirse la presentación de libros, papeles y otros documentos mediante orden de autoridad competente, en la forma y términos que señale la ley.

4. Seguimiento de las propuestas

La ACP impulsó en todo el desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 propuestas que tuvieron eco en las plenarias de las sesiones de discusión, pero es necesario advertir que si bien algunas de ellas fueron impulsadas por sectores de

izquierda, que lograron promover en las comisiones de trabajo de la Constituyente, las propuestas que tuvieron esta suerte, no eran las que se podrían considerar como nuevas, pues ya habían tenido iniciativa en otros partidos, incluso por representantes de sectores tradicionales. Esta afirmación se evidencia en la Gaceta número 23, donde constituyentes del partido conservador entre ellos Misael Pastrana, proponen el proyecto número 67 reformativo de la Constitución en los siguientes términos: “*Las libertades de prensa, información y réplica se garantizan sin censura, ni obstáculo alguno, bajo los límites y responsabilidades que establezca la ley*”¹⁸⁴.

De forma similar la ACP propuso que: “(...) La prensa: hablada, escrita, visual: (cine y televisión) es libre en tiempos de paz y de guerra, interna y externa, respetando su libertad de información y expresión durante la vigencia de los estados de sitio, por conmoción interna, pero será responsable por las omisiones o violaciones de la ley” (ACP, Abril 27, 1991, p. 16). Como bien se observa en el estudio de estas dos propuestas, el objetivo principal de ambas es la libertad de prensa, la libertad de opinión y la libertad de expresión de todos los ciudadanos, y que sus ideas y opiniones puedan ser plasmadas en los distintos medios de comunicación masivos, y que esta información pueda llegar a toda la comunidad.

En la Gaceta Constitucional 82, Aída Abella, María Mercedes Carranza, Raimundo Emiliani, Germán Toro y Diego Uribe Vargas¹⁸⁵ (Abella, Mayo 25, 1991, p. 12-13); Igualmente el Gobierno Nacional presentó propuestas para consolidar el articulado referente a la información y a la comunicación “*Toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos y opiniones por cualquier medio de comunicación*”¹⁸⁶ En esta propuesta también se presenta la iniciativa de la masificación de los medios de comunicación, es decir que no exista restricción para acceder a estos.

Siguiendo con el análisis de las propuestas presentadas por la ACP, se encuentra que una de sus iniciativas consistió en la creación de una jurisdicción propia para los

¹⁸⁴ Pastrana. Op Cit., Marzo 19, 1991, p, 14.

¹⁸⁵ Aida Abella, María Mercedes Carranza; Raimundo Emiliani, German Toro & Diego Uribe. (Mayo 25, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (82), p. 12-13

¹⁸⁶ Presidencia de la República de Colombia, Febrero 15, 1991, p, 5.

profesionales y las personas que desempeñen sus labores en esta área, con el fin de brindar una mayor protección a estos profesionales, en estos términos:

(...) al ejercicio de esta profesión la libertad de expresión, la cual la protegerá el Estado colombiano mediante la creación y funcionamiento de la Rama Administrativa y Jurisdiccional de comunicaciones masivas y prensa. Para tal fin se creará y se organizará en forma inmediata, la Superintendencia Nacional de este campo, salas constitucionales, tribunales seccionales, jueces regionales y locales, del ramo (ACP, Abril 27, 1991, p. 16).

Una propuesta similar se encuentra en la Gaceta Constitucional 51, donde integrantes de la UP (Aída Abella) y de la ADM-19 (Germán Toro y María Mercedes Carranza), presentaron el proyecto de reforma constitucional para que se iniciara la creación de un Tribunal o de una entidad autónoma independiente y para que dirimiera los conflictos que se presentaran por la violación al derecho de información. Si bien la idea recogida por la Unión Patriótica y por la Alianza Democrática M-19, no es igual a la presentada por la A.C.P. recoge en su esencia cierta similitud y aterriza un poco más la idea presentada por la asociación. La propuesta de realizada por la A.C.P. en donde invitan a que los periodistas nacionales sean “*protegidos de manera especial en su seguridad social, personal y profesional*”¹⁸⁷ (ACP, Abril 27, 1991, p. 16) fue acogida por la Comisión Primera que estaba integrada por Jaime Ortiz Hurtado, presidente, integrante de la UC; Francisco Rojas Birry, vicepresidente, integrante de la ONIC y Abraham Sánchez Sánchez, secretario. (Sánchez, Mayo 27, 1991, p. 4). Es importante anotar que la propuesta de la A.C.P. no fue acogida en forma literal. El punto central del que se ocupó la Comisión versó sobre la protección especial de los periodistas atribuyéndoles un fuero único, que incluye la creación de una Superintendencia de comunicación, una jurisdicción propia del gremio y una reglamentación particular hecha por el Congreso.

En el párrafo 7° de la propuesta presentada por la ACP, que se encuentra referenciada en la Gaceta Constitucional 61, “(...) se prohíben los monopolios

¹⁸⁷ ACP, Abril 27, 1991, p. 16.

editoriales y periodísticos en Colombia. La ley prescribirá lo relativo a este asunto (...)”¹⁸⁸, constituyó fuente de diversas discusiones en las comisiones de trabajo de la constituyente, pues diversos sectores presentaron sus propuestas con referencia a este tema. Cabe advertir que el contenido era muy similar en los distintos sectores. En la Gaceta Constitucional 83 el señor Abraham Sánchez Sánchez, secretario de la Comisión Primera propone:

Las ondas radioeléctricas y el espectro electromagnético son bienes del Estado, el cual podrá entregarlos en concesión. Se prohíbe el monopolio estatal o privado y las prácticas monopolísticas en los medios de comunicación. La ley regulará esta materia así como las limitaciones a la inversión extranjera en los mismos”¹⁸⁹ (Sánchez, Mayo 27, 1991, p, 4).

Igualmente este tema también fue ocupado por los constituyentes Aída Abella, María Mercedes Carranza, Raimundo Emiliani, German Toro y Diego Uribe Vargas, quienes en la Gaceta Constitucional 82 presentaron el siguiente proyecto:

El objetivo de evitar el monopolio del Estado en la televisión, y de garantizar la concurrencia del mayor número de fuerzas políticas y sociales en los programas, se ha considerado como la mejor manera de darle contenido más amplio al derecho de información”¹⁹⁰.

Este tema cobra una vital importancia en el desarrollo de la Constituyente de 1991, debido a que toca la fibra tan importante del concepto de Democracia, pues se considera que al evitar el monopolio de los medios de comunicación, se evita la concentración de la información, y por ende la manipulación de la comunicación y de esta forma pueda llegar con veracidad a toda la comunidad. La Alianza Democrática M-19, por medio de la constituyente María Teresa Garcés Lloreda, en la argumentación de un proyecto sustitutivo en la Gaceta Constitucional 96, plantea lo siguiente con referencia al tema en cuestión:

De otra parte, la apertura de la posibilidad de permitir la existencia de canales privados de televisión la consideramos lesiva para la democracia, porque alentaría

¹⁸⁸ ACP, Abril 27, 1991, p, 16.

¹⁸⁹ Sánchez, A. (Mayo 27, 1991). *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (83).

¹⁹⁰ Aida Abella. Op Cit., Mayo 25, 1991, p, 13.

la concentración, los oligopolios y por ende iría en detrimento del pluralismo en la información. Únicamente serían concebibles canales privados de televisión, si la empresa privada, mediante la concesión del medio electromagnético monta toda la infraestructura, conservando el Estado la propiedad y el manejo de los canales existentes y creando inclusive otros canales. Pero además sería necesario que el Congreso expida reglamentaciones serias que impidan los oligopolios y la concentración de la propiedad en los medios de comunicación¹⁹¹.

Es necesario evidenciar las propuestas presentadas por la ACP que no tuvieron ninguna acogida por los constituyentes de los partidos que integraban las distintas comisiones. A saber:

Los periodistas nacionales y extranjeros residentes en Colombia no podrán ser privados de su libertad por delitos políticos o común alguno, sin que medie autorización expresa de la Superintendencia Nacional del ramo, mediante resolución motivada y en firme que haya hecho tránsito a cosa juzgada, ante la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; tampoco podrán ser recluidos en centros de detención o penitenciarios sino que se les dará su domicilio personal o familiar por cárcel, con las seguridades y vigilancias debidas por parte del Estado. Los hijos de los profesionales de este ramo, reconocidos por la ley, gozarán de educación primaria, secundaria y universitaria gratuitas a cargo del Estado colombiano (...) Los periodistas nacionales profesionales tendrán derecho a reclamar y obtener por ante la Caja Nacional de Previsión Social, o ante quien haga sus veces y a cargo del Estado, su pensión de jubilación y servicios médicos hospitalarios asistenciales extensivos a su cónyuge o compañero (a) permanente, al cumplir 20 años de haber sido declarado periodista profesional. Para efectos del estimativo del valor de su pensión de jubilación de los periodistas independientes se tendrá en cuenta el 100 por ciento del último salario mínimo legal mensual más alto vigente al momento de su solicitud, cuatro veces. La Superintendencia Nacional del Ramo reglamentará este derecho (...) El Estado sostendrá permanentemente en materia presupuestal las Asociaciones Nacionales de Periodistas existentes en Colombia (...) Los equipos industriales y logísticos que requieran la prensa y los periodistas de Colombia serán de libre importación y exentos de toda clase de impuestos (...)¹⁹².

Otras de las organizaciones que no pertenecen a ningún partido político y que realizaron propuestas referentes al tema de los medios de comunicación fue el Colegio Altos Estudios Quirama. En este apartado se realizará un análisis de las propuestas realizadas y cuál fue el desarrollo que se les dio en la constituyente de 1991.

¹⁹¹ María Teresa Garcés. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (96), Junio 12 de 1991, p. 10.

¹⁹² ACP, Abril 27, 1991, p. 16.

Igual que la ACP, el Colegio Altos Estudios Quirama realizó propuestas referentes a la libertad de información que, como fue dicho anteriormente, no solo fueron desarrolladas por estas instituciones, sino que por el contrario se encuentran diversas propuestas realizadas por sectores de oposición como la UP y la ADM-19; el Partido Conservador y el Gobierno. En la Gaceta Constitucional 34, el Colegio Altos Estudios Quirama respecto al derecho a la información dice:

Todas las personas tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento, ideas u opiniones, mediante la palabra, el escrito u otros medios de difusión. La ley, en procura de hacer efectivo este derecho, señalará los espacios de acceso obligatorio al público en los medios de comunicación”¹⁹³

Se puede evidenciar que fue un eje central en las discusiones que se dieron en las plenarios de las comisiones, y en el interior de los diferentes sectores y partidos políticos. Es claro que para la época y el contexto se hacía necesario avanzar en la positivización de derechos y libertades que no se contemplaron en la Constitución de 1886. Frente a la no censura, el Colegio de Altos Estudios Quirama también expuso su posición, al decir que:

Todas las personas tienen derecho a informar y a ser informadas de manera veraz. En este sentido, los medios de comunicación son libres y no pueden ser sometidos a censura previa sino durante el estado de sitio o de conmoción interior. La ley determinará su responsabilidad para los casos en que difundan informaciones que atenten contra la dignidad de las personas o el orden público, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponda a los autores¹⁹⁴.

En la Gaceta Constitucional 5 el gobierno nacional presenta proyecto de acto reformativo donde incluye este mismo ítem “Se garantiza la libertad de los medios de comunicación y de cualquier forma de expresión, se prohíbe toda censura, el ejercicio de la libertad de expresión no podrá sujetarse a controles previos, sino a responsabilidades posteriores determinadas por la ley (...)”¹⁹⁵

¹⁹³ Colegio de Altos Estudios de Quirama, Abril 2 de 1991, p, 5.

¹⁹⁴ Colegio de Altos Estudios de Quirama, Abril 2 de 1991, p, 5

¹⁹⁵ Presidencia de la República de Colombia, Febrero 15, 1991, p, 3, art 21, # 2.

El partido Conservador en la Gaceta Constitucional 23, con representación de Misael Pastrana, en referencia al tema expreso “Las libertades de prensa, información y réplica se garantizan sin censura, ni obstáculo alguno, bajo los límites y responsabilidades que establezca la ley” (Pastrana et al., Marzo 19, 1991). Como se evidencia esta propuesta tuvo una mayor acogida por los sectores tradicionales, y por el contrario no se observó la participación de partidos o movimientos de izquierda respecto a la prohibición de la censura.

Otra de las propuestas presentadas por el Colegio Altos Estudios de Quirama, es que “Toda persona tiene derecho a su intimidad, la que el Estado respetará y hará respetar, igual modo, tiene derecho a conocer informaciones y referencias relativas a ella misma, existentes en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, así como los fines de dicha información, y a solicitar su rectificación o actualización”¹⁹⁶.

La anterior, en su esencia quiere significar lo que sería denominado el Habeas Data, pero lo que causa asombro es que en el contenido de las gacetas constitucionales analizadas, no se encuentra el desarrollo de la mencionada propuesta en los debates que dan origen a lo que en la actual Constitución se reconoció como derecho fundamental. Dentro de las propuestas novedosas que presenta el Colegio Altos Estudios Quirama, encontramos que no tuvieron ningún tipo de apoyo o réplica en las Comisiones Constitucionales, así como tampoco fueron acogidas por algún constituyente, partido o el gobierno nacional, obteniendo como resultado su no inclusión en la actual Constitución.

La organización y el control de los medios de comunicación social dependientes del Estado se regularán por ley. Ninguna empresa editorial de periódicos, ni otro medio de comunicación social podrán, sin permiso del Gobierno y con arreglo a la ley, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras.

Las frecuencias de radio y televisión son propiedad de la Nación. Las bandas de frecuencia modulada pertenecen a los departamentos.

Artículo 38. Inviolabilidad de las comunicaciones. Las comunicaciones son inviolables. Para la tasación de impuestos o la obtención de pruebas, podrá exigirse

¹⁹⁶ Colegio de Altos Estudios de Quirama, Abril 2 de 1991, p. 5.

la presentación de libros, papeles y otros documentos mediante orden de autoridad competente, en la forma y términos que señale la ley¹⁹⁷.

Analizados los debates y propuestas realizados durante el desarrollo de la constituyente de 1991 se observa que, como resultado quedaron positivizados dentro del articulado de la Constitución algunas de las propuestas presentadas por los sectores analizados anteriormente, otras no. A continuación presentamos lo que en materia de medios de comunicación trae la Constitución Política de Colombia, promulgada el 4 de julio de 1991 (República de Colombia, 1991):

Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Artículo 73: La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Artículo 75: El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 76: La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en el inciso anterior.

¹⁹⁷ Colegio de Altos Estudios de Quirama, Abril 2 de 1991, p. 5.

Artículo 77: La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado. La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.

5. A manera de conclusión

La participación de los gremios de periodistas en la Constituyente de 1991, estuvo representada por las propuestas realizadas por la ACP y el Colegio Altos Estudios Quirama. Las facultades de Comunicación de universidades representativas del país no tuvieron un pronunciamiento frente a lo que iba a ser la nueva Carta Política que regiría su labor, sumado a que los sindicatos de periodistas estuvieron ausentes en materia de propuestas. Esto deja en duda si los debates librados durante la Asamblea Nacional Constituyente sí condensaron otras propuestas que pudieron haber llegado y permitir así la participación ciudadana que se requería para legitimar este proceso de la construcción de la nueva Constitución; o sus propuestas fueron tan abanderadas por constituyentes que éstos fueron invisibilizados, o si por el contrario solo se trató de propuestas de pocos sectores.

Queda la inquietud de por qué los sectores sociales mencionados anteriormente no participaron directamente de este ejercicio democrático, pues sabemos que es un gran conglomerado de profesionales que pudieron haber ayudado en la estructuración de la nueva Constitución.

Otro factor importante para tener en cuenta, es el papel que jugó la prensa escrita durante todo el proceso constituyente. Se evidenció en todo el proceso que no fue un medio activo que suscitara el debate en la colectividad sobre el desarrollo que se dio a

las distintas propuestas presentadas por el gobierno, los partidos tradicionales, los partidos alternativos y las presentadas por agentes externos en las comisiones donde se desarrolló el tema de los medios de comunicación y el derecho de información.

Lo anterior pudo acreditarse por medio de un rastreo de prensa realizado a tres de los periódicos más representativos del país (El Tiempo, El Espectador y El Colombiano), donde lo encontrado fue mínimo con relación a la coyuntura nacional del momento y al el reto de poder usar precisamente esos medios con los que cuenta para posicionar su propio tema, para invitar a los ciudadanos a expresar sus ideas, pues su preocupación central estaba fundada en la seguridad de los periodistas, al ver que estaban siendo víctimas constantes del delito de Secuestro, pero lo preocupante fue que no dieron propuesta alguna para solucionar este problema, ni para ningún otro que aquejara el ejercicio de la profesión. Fue evidente que las propuestas realizadas por el Colegio Altos Estudio Quirama y la Asociación Colombiana de Periodistas, no tuvieron un real desarrollo en las comisiones de discusión de la Constituyente, pues si bien algunos constituyentes impulsaron propuestas referidas al tema y que fueron referenciadas por el gremio, sus propuestas literalmente no fueron llevadas a discusión, igualmente algunos de los temas no fueron mencionadas en ninguno de los debates.

Lo anterior permite preguntarse ¿de dónde o cómo se construyó el articulado final? Se puede concluir que si bien se tuvieron en cuenta algunas de las opiniones expresadas por los sectores referidos anteriormente, no fueron determinantes en el momento de construir el articulado sobre los medios de comunicación. Por lo tanto la participación ciudadana en el alusivo tema no fue protagonista en este ejercicio democrático del país que marcó nuestra historia constitucional.

CAPÍTULO III

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

La puesta en escena de la Constitución de 1991 no se ha dado de una manera automática. El verdadero reto ha consistido en hacer que la Constitución sea entendida no solo desde el punto de vista formal sino material. Es decir, que se la entienda como criterio de lectura y de descripción del orden social y jurídico. *Desde los albores de la República siempre ha habido Constitución*¹⁹⁸. Desde la Constitución de Cundinamarca hasta el último acto reformativo de la de 1991 en 2015, siempre ha habido Constitución. Pero hablar de Constitucionalismo como relato político y como comprensión invasora de Constitución en todo el orden social es un proceso harto complejo. En este tercer y último capítulo nos propondremos mostrar de qué manera la aplicación, comprensión y uso de la Constitución de 1991, no solo de operadores jurídicos sino de agentes sociales y comunitarios, ha significado unos procesos de reconstrucción y de transformación en la manera de entender una sociedad constitucionalizada y democrática. Para lograr este objetivo presentaremos los principios rectores del Estado constitucional, luego analizaremos los procesos de transformación jurídica y finalmente nos ocuparemos de la transformación social. En todo este marco descriptivo y analítico, seguiremos la noción de Constitución como forma de organización de las aspiraciones sociales y de los límites institucionales que contienen una fracción significativa de poder, tal como lo propone Schmitt:

Cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas y ciertas formas de conducta reconocidas que constituyen, en el sentido aristotélico de *politeia*, su "Constitución". [...] En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación "ideológica": liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder.¹⁹⁹

¹⁹⁸ "La primera Constitución nacional fue firmada en Santa Fe de Bogotá el día 11 de noviembre de 1811."

Carlos Restrepo Piedrahita. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p, 103.

¹⁹⁹ Karl Loewenstein. *La teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p, 151.

Sección Primera. Los principios rectores del Estado constitucional

1. Estado social de derecho

Representa una clara ruptura con el modelo liberal clásico que contenía la Constitución de 1886. Para los liberales el Estado es un simple regulador de la fuerza, pues era el mercado quien ordenaba la vida en sociedad. Las relaciones de oferta y demanda prevalecen como criterio determinante para fijar la renta, ubicar la fuerza de trabajo y satisfacer las necesidades básicas. El orden liberal de 1886 despreocupa al Estado de redistribuir la riqueza. La satisfacción de necesidades básicas es un asunto que no le interesa al Estado. El Estado liberal se rige por la premisa del dejar hacer y del dejar pasar. Cada quien, en términos económicos, labra su propia fortuna o su propia tragedia. Sin embargo, hechos indiscutibles como las dos Guerras Mundiales significaron una convulsión sin precedentes. Las instituciones del orden social, político, jurídico, ideológico, filosófico y económico liberal terminan por hacerse añicos. Todo el discurso racional, moderno, capitalista, democrático, burgués y exegético, instalado luego del proceso revolucionario francés, es desmantelado debido a una cadena sucesiva de eventos que van a retomar en el siglo XX las ideas prusianas sobre el Estado Social de Derecho que habían empezado a edificarse desde el siglo XIX, cuando se hablaba del deber estatal de equilibrar las clases sociales, intervenir en la economía con más ahínco y ampliar el espectro de protección de derechos. Estos *acontecimientos* son: (i) Revolución mexicana²⁰⁰; (ii) Revolución bolchevique; (iii) Gran depresión y, (iv) Segunda guerra mundial. Todos ellos tienen un elemento común que fija la necesaria intervención del Estado en el funcionamiento de la economía y en la redistribución de la riqueza. Todos ellos determinan el aspecto decisivo del Estado

²⁰⁰ “A lo largo se ciento setenta años de vida constitucional se han ido produciendo cambios y reformas en los textos constitucionales, sobre todo a partir de 1917, año en que se promulga la constitución mexicana, fruto de la revolución iniciada siete años atrás, y en la que se incorporan preceptos de organización social que corresponden a una concepción jurídica y política acerca de los fines del Estado distinta de la que habían inspirado al constitucionalismo clásico. Entre las notas que a partir de entonces, caracterizan el proceso de innovación y recepción de nuevos principios jurídicos y políticos, cabe señalar la constitucionalización de los derechos sociales. Desde la Constitución mexicana de 1917 esta tendencia no ha hecho más que acentuarse.”

Maurice Duverger. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1996, p, 598.

Social de Derecho: la construcción de un sistema social justo, equilibrado socialmente en razón de la intervención económica estatal²⁰¹. Afirma Jaime Vidal Perdomo:

La declaración sobre el Estado social de derecho exterioriza una evolución de la teoría de las libertades y derechos y una concepción de Estado distinta. Traduce la quiebra de los postulados de la filosofía individualista que surgió de las revoluciones liberales del siglo XVIII en América y en Europa; así como la gran preocupación por la igualdad económica y social de las personas, que ha sido fundamental en las confrontaciones políticas del siglo XIX.²⁰²

Constitucionalmente se fija la nominación de Estado Social de Derecho, y con ello, aparecen unos principios y unos valores que han de orientar todo el andamiaje social, tales como el orden justo, el bien común, la solidaridad, la igualdad material, la participación ciudadana y el amparo de los derechos básicos. La constitucionalización del Estado Social de Derecho, que aparece de forma explícita y genuina en la ley Fundamental de Bonn de 1949, no exige un cambio exclusivo en materia económica; también ha de exigir modificaciones en el orden normativo. Un cambio sustancial está contenido en la actividad judicial. El juez pasa a convertirse en creador de derecho y en realizador de la justicia para cada caso concreto. Para cumplir esta tarea va a disponer de la discrecionalidad necesaria para confrontar el derecho con la realidad; va a gozar de competencia para promover la justicia material, asegurar la efectiva realización de las funciones de las demás instituciones en pro de realizar los principios constitucionales y va a asegurar la supremacía formal y material de la Constitución sobre las demás normas que integren el orden jurídico. Estado Social de Derecho no es solo un asunto económico; es una forma de comprender la sociedad, el derecho y la política. Piensa en la idea de justicia so pena de relativizar el estricto legalismo del Estado liberal de derecho; pone fin al lezeferismo radical del mercado liberal; constitucionaliza la sociedad y exige la protección plena de derechos básicos mediante la acción de amparo; acepta la existencia de unos principios universales que no pueden

²⁰¹ “El Estado de derecho representa un intento por impedir la intervención del Estado en determinados espacio personales, entendidos como manifestaciones particulares de la libertad. Con el Estado social, en cambio, lo que pretende conseguirse es la realización de una cierta idea de igualdad mediante la asignación de mínimos materiales a favor de ciertos grupos sociales.”

Daniel Mendonca. *Apuntes constitucionales: una guía para el ciudadano*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012, p. 63.

²⁰² Jaime Vidal Perdomo. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Bogotá: Legis, 2005, p. 320.

ser desconocidos de forma sistemática por el orden interno y, confía en que los jueces, al estar menos atados a la política de turno por asuntos electorales, acerquen el derecho a la realidad social e impidan que el sistema constitucional sea atomizado por políticas mayoritarias oportunistas o utilitaristas.

2. Estado unitario

Establece que existe un solo centro de impulsión política que opera desde la Capital del Estado. Representa una réplica al Estado federal. Sin embargo, reconoce la autonomía de las entidades territoriales y debido al desarrollo administrativo y al crecimiento demográfico requiere adoptar unas medidas administrativas, legalmente consignadas a través de las cuales se tiene el objeto de asegurar la presencia estatal a la hora de satisfacer las demandas y necesidades de todos los asociados a lo largo y ancho del territorio. Estas técnicas administrativas aparecen explícitamente consagradas en los primeros artículos de la Ley 489 de 1998:

2.1 Descentralización²⁰³

Sobre el concepto de Descentralización territorial, afirma Marco Marín Vélez:

Es el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales para que sean ejercidas en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. En otros términos, se les confiere a las colectividades cierta autonomía para que se manejen por sí mismas. En Colombia, esta descentralización se expresa por conducto de los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas además en las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.²⁰⁴

En el ejercicio de las facultades de esta Ley y en general en el desarrollo y reglamentación de la misma el Gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización

²⁰³ Sobre esta técnica administrativa, en la que el poder central por mandato constitucional y legal, confiere competencias a entidades territoriales o a particulares para que presten, bajo su responsabilidad un servicio público o aseguren la realización de un derecho básico, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico, reconoce y diferencia varias modalidades de descentralización: (i) territorial; (ii) por servicios o especializada, y (iii) por colaboración. Ley 489 de 1998.

²⁰⁴ Marco Marín Vélez. *Temas fundamentales del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Ibáñez, 2016, p. 39.

administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. Igualmente en el interior de las entidades nacionales descentralizadas el gobierno velará porque se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función (Artículo 7 Ley 489 de 1998).

2.2 Desconcentración

Es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones (Artículo 8 Ley 489 de 1998).

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-561 de 1999 ha señalado como elementos estructurales de la desconcentración: (i) la atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico; (ii) la competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; (iii) la competencia se confiere en forma exclusiva. Esto significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro; (iv) el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica; (v) el superior jerárquico no puede reasumir la competencia conferida al órgano desconcentrado sino en virtud una nueva atribución legal. Concluye esta Sentencia recordando que el objetivo de esta figura es descongestionar la gran cantidad de compromisos atinentes a las autoridades administrativas, de tal manera

que se contribuya, mediante este instrumento, a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

2.3 Delegación

Las autoridades administrativas, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los Ministros, Directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley (Artículo 9 Ley 489 de 1998). La delegación exime de responsabilidad al delegante (Artículo 211 superior).

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-561 de 1999 ha señalado como elementos estructurales de la delegación: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) la transferencia de funciones se realiza por el órgano titular de la función; (iii) la necesidad de la existencia previa de autorización legal; (iv) el órgano que confiera la delegación puede, siempre y en cualquier momento, reasumir la competencia; (v) se realiza y se revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución.

3. Soberanía popular

Definir que el pueblo es el soberano representa otro cambio sustancial frente a la Carta de 1886, en la que se afirmaba que la soberanía reposaba en la Nación. El artículo 3 de nuestra Carta vigente señala que *“la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual emana el poder público”*. Se ejerce de manera directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. Esta condición es muy importante porque nos pone de manifiesto que el poder soberano no es absoluto. Le

recuerda que estamos en un Estado que se rige por las normas y la Constitución es una norma superior que le abre escenarios de participación y de representación a los que el pueblo, así sea el soberano, debe respetar y debe reconocer que se contienen premisas que no puede pasar de largo.

4. Democracia participativa

Significa que la participación ciudadana no se reduce exclusivamente al voto. El pueblo dispone de otros recursos instrumentales e institucionales para intervenir en los procesos de creación normativa, para dirigir la agenda pública y para ejercer control sobre quienes ostentan el poder público. En la Democracia participativa el pueblo no es un simple espectador. Puede presentar proyectos de ley; puede hacer consultas populares que derogan normas o modifican el texto constitucional. Puede derrocar gobernantes y puede convocar a una Asamblea que redacte una nueva Constitución, si así lo desea. Los artículos 103, 104, 105 y 106 superiores hacen alusión expresa a la Iniciativa legislativa, el Cabildo abierto, la Consulta popular, el Referendo, la Revocatoria del mandato y el Plebiscito. Herramientas dispuestas para modificar el orden político y jurídico del Estado más allá del voto y de conformidad con unas normas que reglamentan este ejercicio. Para el caso colombiano, las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 son un punto obligado de consulta y una guía necesaria para canalizar y racionalizar la actividad popular.

5. Democracia constitucional

Significa que el pueblo es el soberano pero tiene límites. Estos límites están contenidos en los principios, en los valores y en la extensa lista de derechos básicos. Este tipo de democracia concurre constitucionalmente con la Democracia participativa porque señala que el pueblo no tiene el poder sino para hacer aquello que la Constitución le autoriza. Esta democracia existe como instrumento de corrección de la misma democracia. Acepta que las decisiones más importantes se derivan de las mayorías y exige la participación activa de las minorías. Al asegurarle a las minorías expresión, participación y representación se ofrecen instancias deliberativas para que las

decisiones sean discutidas con un mayor número de filtros que pueden revertir decisiones aparentemente legítimas y populares. La Democracia constitucional refuta la tesis clásica de que “*La voz del pueblo es la voz de Dios*”. Discute esta tesis porque bajo esta modalidad democrática el pueblo no puede instalar la pena de muerte; no puede instalar la cadena perpetua; no puede suprimir los órganos de control; no puede instalar una reelección presidencial indefinida (por más bueno, querido y admirado que sea el Presidente-candidato); no puede desconocer el Bloque de constitucionalidad; no puede abolir el Estado social de derecho; no puede instalar un sistema federal o fijar un régimen monárquico; no puede abolir el Debido proceso en el sistema punitivo o administrativo; no puede cercenar el acceso a la administración de justicia; no puede fijar indultos frente a delitos de lesa humanidad; así como no puede instalar un régimen político donde las infracciones penales en que incurran los ciudadanos sean conocidas y procesadas por la justicia penal militar. Existen unos límites, necesarios para el funcionamiento del régimen republicano, en el contexto actual internacional que no le permite al pueblo, así ostente explícitamente la calidad de soberano, omitir acuerdos o normas que determinan un grado mínimo de civilidad política y de moralidad pública. En esta dirección, uno de los principios rectores de la democracia moderna y del derecho público, como es el de prevalencia del interés general, deja de ser un absoluto porque exige diálogo a través del cual se asegure la protección de los derechos básicos de las minorías²⁰⁵. He aquí un tema complejo. Democracia con límite a las mayorías. Esta aparente contradicción se explica en el deseo de corregir la democracia misma. Donde las tensiones entre mayorías y minorías no solo tiene lugar sino que es una consecuencia natural del modelo. Al respecto afirma Ferrajoli:

El tercer modelo, en fin, el *constitucional o neo-positivista*, que se afirma con un ulterior cambio de paradigma y con una segunda revolución institucional: la subordinación de la legislación misma al derecho, y por eso el pleno desarrollo del estado de derecho como *estado constitucional de derecho* gracias a la difusión de las constituciones rígidas como

²⁰⁵ “*El reconocimiento y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales son el núcleo esencial del sistema político de la democracia constitucional. Estos principios encarnan la distribución del poder sin la que la democracia constitucional no puede funcionar. Cuanto más amplios sean estos ámbitos y más intensa sea su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder. Reconocimiento y observancia de las libertades fundamentales separan al sistema político de la democracia constitucional de la autocracia.*”

Karl Loewenstein. *Teoría...* Op Cit., p, 392.

parámetros de validez del derecho vigente, producida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Según este modelo, mientras vigencia o existencia de las normas continúa dependiendo de su *forma* de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo *principio de legalidad formal*, su validez depende también de su *sustancia* o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el *principio de legalidad sustancial* que la vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.²⁰⁶

6. Supremacía de la Constitución

Esta premisa se deriva expresamente del contenido del artículo 4 superior: “*La Constitución es norma de normas*”. Esta condición significa que la Constitución, en tanto conjunto de principios y de valores que condiciona y determina la existencia jurídica y política del Estado, fija de manera formal y material el alcance de todas las demás normas que integran el orden jurídico. De una manera muy especial se condiciona la actividad legislativa y ejecutiva del Estado. La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. Tanto las Leyes como los Decretos y, por extensión, todos los demás reglamentos que nacen a la vida jurídica han de tener un filtro esencial: ser coherentes con el texto y con el espíritu de la Constitución. La coherencia de las normas con la Constitución le confiere unidad y coherencia a todo el sistema normativo. Una norma, cualquiera sea su origen, solo puede generar efectos jurídicos, en tanto se demuestra que es compatible con el texto constitucional. Las empresas, los bancos, los sindicatos, los colegios, las escuelas castrenses, los empleadores han sufrido sendos reveses de sus intereses porque muchos de sus acuerdos, solemnemente establecidos, han sido revocados por una decisión judicial de tutela cuando se ha demostrado que vulneraron un derecho fundamental. Muchas condiciones que antes obedecían estrictamente a la esfera privada, hoy son inválidas, ilegítimas e inexigibles si se confrontan a la luz de la Constitución.

²⁰⁶ Luigi Ferrajoli. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014, p. 19.

Resulta oportuno traer a colación algunos ejemplos: (i) el trabajador de una empresa de valores que perdió en un accidente de trabajo la fuerza de trabajo en uno de sus brazos. Después de muchas sesiones de fisioterapia no logró ponerse a punto y por el peligro que representa su oficio y su limitación, es despedido de la empresa y debidamente indemnizado. Mediante una tutela que reconoce la estabilidad laboral reforzada asegura su reintegro; (ii) la institución educativa que debe reintegrar a la estudiante a la que había suspendido por incumplir el manual de convivencia al quedar en embarazo. Acordaron un plan de desescolarización para que no se presentara en el Colegio, alegando no solo la prevalencia del interés general de conservar la moral y el decoro en las niñas sino que además aseguraban preocuparse por su estabilidad física y emocional que tendría mejor recibo en el hogar y no en el Colegio donde se vería expuesta al reproche de sus demás compañeras, profesores o padres de familia. Mediante una tutela que defendía el libre desarrollo de la personalidad, la no discriminación, el acceso a la educación y la cobertura integral de sus derechos en calidad de menor de edad, se le ordenó al colegio, el reintegro que asegurara la debida escolarización de la estudiante a la institución educativa y exigiéndole además a la institución que dispusiera de todos los recursos necesarios de atención médica básica de la estudiante durante la jornada escolar y trazara una campaña pedagógica sobre salud sexual, embarazo y maternidad en población infantil. La tutela ordenaba además que se cambiara el salón donde su grupo recibía las clases, del tercer piso hacia el primero, para garantizar la integridad física de la madre y el bebé. (iii) Un profesor despedido del establecimiento educativo donde trabajaba por su orientación sexual. Mediante una tutela que le aseguraba la protección de un derecho adquirido por su vinculación al magisterio mediante concurso público de méritos, señaló que siempre que su relación interpersonal con los estudiantes y la comunidad educativa hubiese sido respetuosa y que no hubiera tenido una mala conducta en su desempeño profesional o que se demostrara su falta de idoneidad intelectual para ejercer la docencia, no había una justificación razonable y constitucional para legitimar su despido. En el proceso se pudo advertir que las razones que motivaron el despedirlo obedecían a una animadversión de la mayoría de las autoridades educativas por su orientación sexual: razón por la cual se afectaba el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la no

discriminación. De tal manera que no solo ordenó el reintegro sino que le exigió a toda la autoridad docente y administrativa de dicha institución acreditar un curso impartido por una dependencia de la secretaría de educación del distrito con respecto a la tolerancia, la educación diversa y las políticas públicas de género.

En este sentido es importante destacar de qué manera, bajo la premisa de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos constitucionales, muchas instituciones públicas y privadas, han debido modificar las directrices que orientan procesos de selección, procesos disciplinarios, manuales de convivencia o reglamentos internos de trabajo. Directrices que en nombre del orden y de la autoridad resultan contrariando uno o varios derechos básicos. Desconocer el núcleo esencial de uno de los derechos, ya es razón suficiente para poner en tela de juicio la validez de dicha norma y poder gestionar su protección judicial para que se anule o se omita su aplicación en cada caso concreto.

7. Pluralismo étnico y cultural

Nuestra Constitución consagra y reconoce explícitamente la diversidad étnica y cultural (Art 7 superior). Constitucionalmente este artículo está relacionado con el deber estatal de proteger la riqueza cultural de la nación (Art 8 superior); regirse por el principio de autodeterminación de los pueblos (Art 9 superior); el respeto por la dignidad de todas las culturas (Art 72 superior). Se reconoce que Colombia es un Estado pluriétnico, plurirreligioso y pluricultural. La protección de esa diversidad es un compromiso estatal porque señala que lo que nos diferencia no nos aleja sino que nos complementa. Aceptar la pluralidad étnica significa reconocer, después de mucho tiempo, que en nuestro suelo habitan poblaciones indígenas que no fueron sometidas al imperio confesional español, no hablan castellano y tienen una cosmovisión alterna a la de las mayorías. Por ser diferentes no deben ser excluidos sino protegidos. En atención a esta diferencia étnica se respeta el uso de sus dialectos, así el castellano sea el idioma oficial. Es por ello que reconoce una educación bilingüe con el ánimo de no despojar de sus raíces básicas a comunidades enteras que han sobrevivido, fieles a sus creencias, a los tiempos de la conquista, de la colonia y de la globalización.

8. Inclusión del Bloque de Constitucionalidad

Por el concepto *Bloque de Constitucionalidad* podemos decir que representa y significa el conjunto de normas que integran una unidad constitucional que se utiliza como parámetro de constitucionalidad a través del cual se mide y se condiciona la validez del resto de normas que integran el orden jurídico²⁰⁷. Los Artículos 93 y 94 superiores, reconocen la incorporación a nuestro sistema constitucional de un conjunto de derechos, de principios, de valores y de normas contenidas en Tratados internacionales que versen sobre Derechos Humanos, que sin estar explícitamente anunciados en nuestra Carta, se incorporan al sistema constitucional por su estrecha conexidad con la dignidad humana y explícito reconocimiento del mismo texto constitucional. El concepto de Bloque de constitucionalidad tiene el objeto de expandir la tesis de que la Constitución de un Estado va mucho más allá de su texto constitucional. El Artículo 93 superior es claro en señalar que los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, ratificados por el Congreso, forman parte de nuestro sistema normativo de forma prevalente. Sumado al mandato de que todos los derechos y deberes que integren nuestro sistema normativo han de interpretarse de conformidad con las directrices trazadas en dichos Tratados. El Artículo 94 superior es muy importante porque presenta la incorporación de normas que sin estar explícitamente contenidas en la Constitución o en un Tratado ratificado, siempre que sea posible advertir la conexidad con la protección de la condición humana también es susceptible de ser tenido en cuenta como criterio de interpretación y de aplicación del encuadramiento fáctico y normativo.

9. Amplia carta de derechos

La Constitución de 1991 ha sido reconocida en múltiples escenarios por su generosidad en la inclusión de derechos. Va mucho más allá de los derechos civiles o políticos. Habla de derechos fundamentales, los cuales contienen en sí mismos, unas máximas de legitimidad del Estado, una protección del individuo frente al poder de las mayorías y

²⁰⁷ Sergio Estada Vélez. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Sello editorial, 3ra edición, 2011, p. 85.

unas exigencias básicas que le exigen al Estado una mayor intervención para que sean efectivamente respetados y protegidos²⁰⁸. Reconoce además derechos económicos, sociales y culturales y derechos de protección al medio ambiente. Con esta amplia carta de derechos se confirma la tesis de que nuestro sistema constitucional es preferentemente personalista y menos estatalista.

Sección Segunda. La transformación del orden jurídico a partir de la Constitución de 1991

En esta Sección vamos a ocuparnos de describir los principales cambios institucionales y socio-jurídicos que ha habido con ocasión del posicionamiento de la Constitución en sentido material en medio de nuestra sociedad:

1. El valor normativo de la Constitución²⁰⁹

La Constitución deja de ser un simple poema, tal como la concebía la tradición jurídica francesa, de la cual fuimos directos herederos, para convertirse en norma de normas y ganarle el pulso a la ley en caso de tensión²¹⁰. Se reconoce que la Constitución tiene valor normativo en sí misma y que no depende de una ley que la desarrolle. La Constitución adquiere no solo valor normativo sino que se convierte en el criterio de validez formal y material de las normas que integran el orden jurídico. Da validez formal porque establece cómo se hacen las demás normas. Da validez material porque

²⁰⁸ “*Todos estos derechos configuran un marco de protección especial del individuo contra intervenciones o injerencias extrañas, de modo que esa zona protegida constituye un ámbito tutelado cuyos límites no pueden ser sobrepasados pro el poder estatal.*”

Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Op Cit., p, 391.

²⁰⁹ Una introducción más amplia al concepto y a la estructura de la Constitución como norma jurídica primera que: (i) define el sistema de fuentes formales del derecho; (ii) expresa una intención fundacional del sistema jurídico y estatal; (iii) prevalece formal y materialmente sobre las demás reglas que integran el orden jurídico; (iv) configura y ordena los poderes del Estado y, (v) determina la validez de las demás normas que integran el orden jurídico, puede consultarse en: Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 2001. En caso de querer hacer una lectura historiográfica sobre el significado y alcance moderno de la Constitución en tanto límite al poder público se recomienda: Maurizio Fioravanti. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2007.

²¹⁰ Esta proposición ya la había adoptado el ordenamiento jurídico estadounidense en la célebre *Sentencia Marbury vs Madison*, proferida por el Juez John Marshall, el 24 de Febrero de 1803. Sin embargo, el escenario jurídico latinoamericano, seguía atado al modelo europeo continental de cuño francés legalista y exegético.

establece que ninguna norma puede contradecir su espíritu, contenido en la parte dogmática. Afirma García de Enterría:

La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento. Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho; pero que en un segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional difícilmente se habría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* [facultad judicial para declarar inconstitucionales la leyes].²¹¹

El camino de consolidación de esta premisa, para el caso europeo continental, se debe a Hans Kelsen. Notable jurista austríaco que afirma que la primera norma jurídica positiva que encontramos en la cúspide de la pirámide es la Constitución. Acto único de creación del derecho que no aplica ninguna otra norma jurídica positiva. Por encima de la Constitución no hay norma jurídica alguna. Con la Constitución inicia el sistema. Esta Constitución es el punto de referencia del orden jurídico, consagra los derechos básicos que determinan futuras actuaciones jurídicas y políticas y establece cómo se crean las normas jurídicas que integran el orden. En una escala jerárquicamente inferior está la ley. Esta manera de crear el orden jurídico traza una clara diferencia entre Kelsen y la tradición jurídica europea continental afrancesada que se construye durante la primera República, donde se establece la supremacía jurídica de la ley sobre la Constitución. La ley tiene una doble función, aplica la Constitución, está condicionada por ella, pero a su vez crea relaciones jurídicas. En una escala jerárquica inferior están las sentencias, los contratos y los actos administrativos. Aplican y desarrollan la ley a la vez que crean relaciones jurídicas. Es así como se demuestra que en Kelsen el Juez es creador de derecho y no un simple repetidor de normas provenientes del legislador. El orden jurídico se cierra con los actos de ejecución. No crean derecho, solo lo aplican. Nótese entonces que los extremos de la pirámide solo tienen una función. La Constitución es puro acto creador de derecho y los actos de ejecución son simple aplicación. Las disposiciones normativas interiores de la pirámide cumplen una doble función de aplicación de la norma jurídica positiva superior y a su vez generan relaciones jurídicas

²¹¹ Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma...* Op Cit., p, 53.

de creación. La validez de cada una de las disposiciones normativas de la pirámide está dada porque se hace de conformidad con una norma superior. El acto de ejecución se valida porque se hace de conformidad con lo estipulado en la sentencia; la sentencia resulta válida porque se ha proferido de conformidad con la ley; la ley es válida porque se ha expedido de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución. ¿Si decimos que la Constitución es la norma jurídica primera del orden jurídico de donde recibe su validez? Kelsen responde que la validez de la Constitución se encuentra en la norma fundamental. Esta norma está por fuera del orden jurídico, no es una norma jurídica por lo tanto no es un juicio hipotético. Tampoco es una norma creada sino que es un supuesto. La norma fundamental es el instrumento necesario para determinar el deber de someterse en obediencia al poder constituyente como primer legislador. De la norma fundamental solo puede predicarse la premisa: “*Obedeced al primer legislador.*”²¹²

2. El derecho deja de aplicarse exclusivamente a través del silogismo

Para la comprensión francesa del derecho, hablamos de la *Exégesis*²¹³, escuela jurídica del siglo XIX, a través de la cual se concibe el derecho como creación exclusiva del legislador²¹⁴. Opera el mito del legislador virtuoso, que tiene la idoneidad gramatical para expresar en premisas normativas todas las pautas a través de las cuales pudiera ordenarse la sociedad. El derecho se aplica a través del silogismo, para lo cual debe acudir a la ley: *premisa mayor* y encauzarla según el supuesto fáctico: *premisa menor*. La ley, en tanto juicio hipotético contiene el supuesto fáctico y la consecuencia jurídica. Lo que debe hacer el Juez es establecer el nexo de causalidad entre la regla y el supuesto fáctico para determinar la sanción. Es la comprensión de un derecho como sistema, cerrado, hermético y auto-suficiente que provee seguridad jurídica en tanto las

²¹² Hans Kelsen. *La teoría pura del derecho*. México: Colofón, 2002, p, 50.

²¹³ Una lectura más amplia sobre esta escuela, máximos exponentes, intereses epistemológicos y contexto histórico en el que emergió, puede encontrarse en: Karl Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, Trad: Marcelino Rodríguez, 1980.

²¹⁴ Bastida Freixedo sintetiza las principales características de la escuela exegética en los siguientes términos: (i) culto al texto de la ley; (ii) predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto legal; (iii) vocación predominantemente estatista y, (iv) utilización del argumento de autoridad.

Xacobe Bastida Freixedo. *El silencio del emperador. Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Unibiblos, 2001, p, 40.

decisiones judiciales resultan previsibles. Ajenas a cualquier aviso moral o arbitrariedad judicial.

En el sistema del lenguaje constitucional se traslada el derecho como exclusivo silogismo para dar paso a la ponderación. Eso implica que el orden jurídico se integra por normas, que pueden ser reglas y principios. Los principios dejan atrás su cobertura moral y pasan a integrarse al orden jurídico. Tienen fuerza jurídica y orientan decisiones, ya no bajo la fórmula de todo o nada sino bajo la premisa de qué es lo mejor²¹⁵. En esta dirección ya el derecho no ofrece una única respuesta correcta sino que exige adaptarse a situaciones de modo, tiempo y lugar. Debe atender las demandas sociales, políticas, culturales, étnicas y morales. La idea de que el derecho solo atiende al derecho da un paso al costado y atiende nuevas realidades y nuevas exigencias que lo hacen más humano y más cercano a la pretensión de instrumento social.

3. Derecho y justicia

¿El derecho debe ser justo, eficaz o válido? La respuesta a esta pregunta encierra en sí misma una de las facetas más emblemáticas de la historia de la filosofía del derecho. El *Iusnaturalismo*²¹⁶ tiene una posición muy clara: el derecho solo es válido, y por lo tanto exigible, si se corresponde con una idea de justicia. ¿Cuál idea de justicia? Aquella que se trace según la época. Unas veces la justicia reposa en la voluntad de los dioses; otras veces en la de un solo Dios; otras veces la justicia está plasmada en la naturaleza, en la razón o en la voluntad del más fuerte. Lo cierto es que existe un orden justo, por fuera de la voluntad de los hombres, que exige hacer compatible dicho orden

²¹⁵ Una lectura introductoria sobre el tránsito del sistema jurídico legal al constitucional, que tiene lugar en el corazón europeo después de la Segunda Guerra Mundial, donde se constitucionalizan principios y valores y donde se le confiere al Juez la competencia suficiente para determinar el alcance y la aplicación de éstos en cada caso concreto puede encontrarse de forma magistral en: Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Trad: Marina Gascón, 1999. Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, Trad: Jorge Seña, 1994

²¹⁶ Una lectura introductoria sobre las diferentes rúbricas que ha empleado el iusnaturalismo a lo largo del tiempo, unas veces como phisis, otras como Dios, otras como razón universal y otras como principio universal, puede identificarse de una manera muy legible y didáctica en Mario Ossa Henao. El derecho natural. En: Andrés Botero Bernal (Coordinador). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012. p, 85-160.

con su voluntad normativa para que pueda predicarse la validez. El *Positivismo exegetico* tiene por objeto romper la comprensión del derecho con el imperio iusnaturalista, por ello se dedica a explicar el derecho como simple expresión de la voluntad del legislador que se plasma de forma inequívoca en el Código. El *Positivismo kelseniano*²¹⁷ tiene por objeto explicar el derecho a partir de la validez. El derecho solo es válido, y por ende exigible, cuando las normas sean proferidas por la autoridad competente y de conformidad con el procedimiento preestablecido en la Constitución. La pregunta por la justicia es un problema que está por fuera de la esfera de conocimiento del derecho positivo. El derecho positivo no puede ser sistemáticamente injusto pero no es lo justo lo que le hace exigible. La aparente distancia entre derecho y justicia se rompe drásticamente con las reflexiones iusfilosóficas que surgen después de la Segunda Guerra Mundial. El derecho nazi, según los cánones jurídicos positivos, resulta legal, legítimo, exigible, válido, eficaz y democrático pero injusto. La cuestión moral como criterio de comprensión del derecho adquiere una vigencia insospechada y permite advertir que existen unos postulados como la vida, la dignidad, la condición humana y la igualdad que no son susceptibles de manipulación política, jurídica, mediática o popular. La política, el derecho, la coyuntura y la democracia deben ser respetuosos de unos límites que están trazados por la dignidad de la personas. Límites que toman forma de derechos fundamentales incorporados en los textos constitucionales, sobre los cuales empieza a gravitar la idea del derecho²¹⁸. Esta idea va a exigir la correspondencia entre el derecho y la defensa por la dignidad humana.

²¹⁷ Creemos que la manera correcta de referirnos al positivismo kelseniano es mediante el término positivismo constitucional. Positivismo porque es claro que para Kelsen el único objeto estudio de la teoría pura del derecho es el derecho positivo. Es decir, el derecho formalmente válido, que es a su vez eficaz y creado conforme a las disposiciones constitucionales. Constitucional por Kelsen acepta que la Constitución condiciona en asuntos formales y materiales la validez de una norma que integra el orden jurídico. En este sentido se hace posible elevar la mirada del Tribunal Constitucional más allá de la simple condición de legislador negativo en el sentido de que solo excluye normas porque es el Parlamento el único que las crea. Kelsen afirma que el poder legislativo es dual. Poder que tiene, a manera de moneda, dos caras, por un lado está el Parlamento y por otro; el Tribunal Constitucional. Esta tesis puede confirmarse en: Hans Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, Trad: Roberto Brie, 2003.

²¹⁸ Esta idea es compatible con la pretensión de Bobbio de mostrar que así como existe un iusnaturalismo plural, igual ocurre con el positivismo. Existen varias formas de acercarse al positivismo. Acepta que el positivismo ortodoxo radical e indiferente con el problema de justicia no es único ni absoluto. Existen acepciones positivistas que aun dentro de la experiencia nazi siempre confiaron en la existencia de un positivismo garante de las libertades individuales, la separación de poderes y la necesidad de instalar un régimen democrático como garante de los derechos individuales frente al poder mayoritario y potencialmente absolutista. Dicha proposición la encontramos en el Positivismo ideológico.

Norberto Bobbio. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1999.

Entre el derecho y la moral. Entre el derecho y la justicia. Ahora la justicia está contenida en los principios, los valores, los derechos y los deberes constitucionales. La protección de estos se convierte en el criterio básico para explicar la validez del derecho. La pregunta por un derecho justo y por la comprensión de un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana, de la moral y de la libertad va a ser una constante en las reflexiones de pensadores tan destacados como Gustav Radbruch²¹⁹, Alf Ross²²⁰, Ronald Dworkin²²¹ y John Rawls²²².

4. El liderazgo judicial

Este es uno de los puntos más emblemáticos del lenguaje constitucional. La idea de derecho de los exégetas franceses redunda en una limitación de la actuación judicial. El Juez no crea derecho, simplemente lo aplica. El Juez no tiene incidencia ni en la guerra ni en la administración del presupuesto. Su actuación resulta cada vez más limitada y reducida a confrontar la realidad con la ley. Todo lo que haga por fuera de ese mandato le conduce al prevaricato. En el contexto del lenguaje constitucional el poder judicial es emblemático, protagónico, decisivo²²³. Es el custodio de la Constitución, norma de

²¹⁹ La vida de Radbruch, que significa a la vez su pensamiento jurídico, tiene dos momentos. Un primer momento, militante nazi, positivista ortodoxo y promotor de la seguridad jurídica. Un segundo momento, ligado a la catástrofe familiar que le dejó la Segunda Guerra Mundial, defensor de la Fórmula del ilícito legal. Fijada a comienzos de 1946, que exime del deber de obediencia a una norma cuando ésta es ostensiblemente injusta.

Gustav Radbruch. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE, 1955.

²²⁰ Alf Ross en su texto explicativo de la fundamentación de la socialdemocracia, señala que esta forma de organizar la política estatal está compuesta por tres frentes. Además del jurídico y el económico está el moral. Este frente moral se nutre del humanismo cristiano para asegurar la reivindicación de la dignidad humana. El ser humano como expresión divina, y por ende, sujeto de unos derechos y de unas cualidades inviolables.

Alf Ross. *¿Por qué democracia?* Op Cit., p, 126-131.

²²¹ El propio Dworkin, quien se describe a sí mismo como un *no positivista*, nos habla del derecho como integridad. Es decir, un sistema normativo en el que el derecho y la moral no son excluyentes.

Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, Trad: Marta Guastavino, 1995.

²²² Basta solo con enunciar la obra más emblemática de John Rawls: *Una teoría de la justicia*, para poner en evidencia la preocupación de este filósofo político y moral por diseñar unas reglas de juego comunes y básicas para cualquier sujeto racional y razonable: *Dos principios de justicia*, elaborados en un contexto político democrático y constitucional en el que sea posible la vida pública del mayor número de asociados *libres e iguales*.

John Rawls. *Teoría de la justicia*. México: FCE; Trad: Dolores González, 2006.

²²³ Un complemento más amplio de esta idea tiene lugar en la propuesta liberal de John Rawls, para quien el Tribunal Constitucional, a través del control constitucional, logra asegurar la integridad del orden jurídico constitucional. Tal orden constitucional es muy importante porque allí están materializados los Dos principios de justicia. También afirma John Rawls que si bien es cierto que todas las ramas del poder público deben ser respetuosas de ajustar sus actuaciones a la idea de razón pública, quien mejor lo logra hacer es el Tribunal Constitucional, dado que sus actuaciones no se atienen de forma preferente a la voluntad mayoritaria sino al contenido constitucional. Rawls

normas. Es el garante de que la democracia no se aniquile a sí misma. Es el receptor de las demandas de grupos sociales periféricos y marginales. Es el que determina el alcance y materialización de los derechos fundamentales. Es el que puede reclamarles a los agentes estatales el deber de actuar de conformidad con la Constitución y no con las mayorías²²⁴. Es el que dice qué es la Constitución, cómo se interpreta y cuáles son sus alcances. Es el que identifica la clave con la cual se abren los procesos políticos decisivos en los que resulta necesario diferenciar la actuación del poder constituyente de una turba pasajera. Es el que integra todos los preceptos anteriores, hace la ponderación entre los principios y los valores que integran la Constitución con las reglas del legislador. Y a través de sus decisiones traza, de forma casi definitiva, los criterios de actuación y comprensión del orden jurídico. Es quien jalona y lidera el proceso de transformación de fuentes en nuestro sistema jurídico, dejando atrás el modelo legalista y sustituyéndolo por el constitucional²²⁵.

acepta que el Tribunal Constitucional tome decisiones anti-mayoritarias pero no por eso puede predicarse que actúe de manera ilegítima.

John Rawls. *Liberalismo político*. Op Cit., p, 247 -290.

En la misma dirección encontramos la defensa del actuar judicial que hace John Hart Ely. En su sentir, la principal función del Tribunal Constitucional, cuando realiza control constitucional, consiste en mantener abiertos los canales de participación del mayor número de agentes sociales. El Tribunal Constitucional resulta ser un garante y un promotor de la democracia. Si bien no puede asegurar que las minorías siempre reivindiquen sus derechos, así como el árbitro no puede asegurar que el equipo más débil anote un gol, que le permita ganar el partido, por lo menos, sí puede impedir que el equipo más poderoso gane de manera ilegal.

John Hart Ely. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Trad: Magdalena Holguín, 1997, p, 23.

²²⁴ Ferrajoli es muy claro en señalar que una de las consecuencias que tiene lugar con el tránsito del modelo jurídico legalista al constitucional, es la existencia de una serie de premisas, principios y valores, que al estar constitucionalizados, y al atender la esencia de la dignidad humana, quedan por fuera del tráfico jurídico, político y económico. No son susceptibles de negociación jurídica o política. Son ajenos a toda mayoría política, inclusive a la unanimidad misma.

Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.

²²⁵ “Puede concluirse que, a pesar de que el derecho colombiano tenga la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. Esta interpretación, asimismo, es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.”

Carlos Bernal Pulido. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p, 165.

5. Control constitucional²²⁶

Es el instrumento a través del cual el Juez pasa a convertirse en hacedor del derecho. El Juez constitucional tiene la potestad, por mandato constitucional, de analizar la pertinencia y la racionalidad de las normas que integran el orden jurídico. Cuando encuentra que la norma es formal o materialmente contraria a la Constitución puede impedir que el proyecto de ley ingrese al orden jurídico. O puede expulsar toda ley que encuentre contraria a la Constitución. Pero el control no se reduce a una simple operación matemática de expulsión o no. También puede haber lugar a que el Juez constitucional determine que la norma puede ser constitucional siempre que se interprete de la manera en que el Juez constitucional establezca. Así las cosas, la suerte de un proyecto de ley o de una ley se surte en el debate de la Sala plena o la Sala de tutela de la Corte Constitucional. Allí está el órgano que solo se debe a sí mismo. Que tiene su compromiso solo con la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución. La Corte Constitucional es ese órgano en Colombia encargado, preferentemente²²⁷, de hacer control constitucional y a través de él: (i) mantiene la integridad del orden jurídico que se deriva de la Constitución; (ii) pondera las tensiones entre principios o valores constitucionales; (iii) excluye toda regla, proveniente del Legislativo o del Ejecutivo, que encuentre contraria a la Constitución y, (iv) limita las demás ramas del poder público²²⁸.

226 Es un elemento decisivo del lenguaje constitucional porque centra la figura del poder judicial en la salvaguarda del orden jurídico. A través del control constitucional, que deja de ser exclusivamente formal y pasa a ser, también material, se revisa la actuación normativa del legislador, del ejecutivo y del pueblo. Se desmonta la soberanía legislativa y se controla al pueblo de que cercene la democracia misma. Este poder judicial no es pacífico, y muchas veces resulta muy difícil de controlar. Algunos lo acusan de usurpar funciones legislativas. Otros consideran que su actuación es necesaria para impedir que el orden constitucional se erosione. Algunos consideran que su actuación en tanto mayoritaria es ilegítima, y otros consideran que esa actuación anti-mayoritaria significa básicamente la potestad para poder hacer valer el orden jurídico sin prebendas políticas y sin clientelismo.

227 Empleamos este término para aclarar que la Corte Constitucional no es el único órgano que hace control constitucional en Colombia. Razón por la cual no existe en Colombia un control constitucional concentrado. El artículo 237 superior le confiere al Consejo de Estado una competencia residual para responder las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos reglamentarios proferidos por el gobierno que no sean de competencia de la Corte Constitucional.

228 “Dicho por la misma Corte Constitucional, no se puede desconocer que su control judicial tenga un carácter político, lo que le permite constantemente dirigirse a los demás poderes públicos de forma directa para que corrijan sus decisiones o tomen medidas para asegurar su eficiencia.”

Carlos Mario Molina Betancur. *Controversias constitucionales en el Bicentenario Constitucional Colombiano*. Medellín: Sello editorial, 2015, p, 16.

6. Jurisprudencia como fuente formal del derecho

Un largo camino ha debido recorrerse en nuestra historia jurídica para hacer una afirmación de tal alcance, de forma hoy tan natural. Diego López Medina²²⁹ hace un recorrido magistral de lo que significa la comprensión del orden jurídico visto no ya desde la ley sino desde la jurisprudencia. El lenguaje constitucional se materializa a través de dicho cambio. Durante la vigencia de la Constitución de 1886 las decisiones de las Altas Cortes no eran fuente formal de derecho sino doctrina legal más probable. Es decir, conceptos jurídicos muy bien elaborados por notables juristas que sugerían formas de aplicación del derecho pero carentes de fuerza vinculante. La idea de derecho estaba supeditada a la ley. Esta doctrina legal más probable surge de tres fallos reiterados de forma ininterrumpida sobre una misma materia por parte de la Corte Suprema de Justicia. Solo en esos casos podía tomarse la orientación del alto tribunal como un criterio eventual de interpretación del derecho. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 empieza a modificarse la comprensión del derecho. Se considera necesaria la intervención de las Altas Cortes para remediar vacíos que pueden tener origen en: (i) inexistencia de una regla clara que enmarque el supuesto fáctico; (ii) multiplicidad de reglas que regulen de forma antagónica un mismo supuesto fáctico; (iii) confrontación entre reglas con principios o con valores constitucionales; (iv) confrontación entre los mismos principios constitucionales y, (v) aplicación de una única regla existente que regula injustamente el supuesto fáctico²³⁰.

²²⁹ En su texto: *El derecho de los jueces*, muestra de qué manera la Corte Constitucional debió trasegar un camino pedregoso y arduo para llegar a instalar el precedente judicial. Podemos afirmar que el argumento central para defender dicho precedente tiene que ver con la salvaguarda e integridad del derecho fundamental a la igualdad. Solo bajo esta consigna pudo aceptarse que todo supuesto fáctico futuro análogo debe resolverse según lo haya resuelto previamente la Corte Constitucional, y en caso de que un Juez decida no guiarse por este patrón, que no lo obliga de forma absoluta, debe argumentar muy bien por qué no lo hace so pena de violar el derecho fundamental a la igualdad. La idea de “*jurisprudencia*” como fuente auxiliar de la actividad judicial que consigna el artículo 230 superior, exigía empezar a ser reevaluada.

Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2007.

²³⁰ Estos enunciados corresponden a lo que César Rodríguez denomina como tipología de los casos difíciles. César Rodríguez. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002, p. 68.

Sección Tercera. La transformación del orden social a partir de la Constitución de 1991

En esta Sección vamos a ocuparnos de mostrar de qué manera la Constitución llevada al mundo real ha sido decisiva en el proceso de transformaciones sociales. Muchos de los cambios a los que hemos tenido lugar fueron impensables tiempo atrás. Era otro el régimen jurídico. Era uno legalista y defensor del orden y de la autoridad. Autoridad según la tradición o la fuerza. Autoridad por autoridad.

Hemos decidido terminar este trabajo mostrando de qué manera el uso del derecho, sentido en la Constitución, en tanto caja de resonancia de derechos de minorías y de marginados, puede posibilitar a los agentes sociales a asegurar la salvaguarda de sus intereses. Más allá de la voluntad mayoritaria o tradicional. Más allá del orden. Dando lugar así no solo a una nueva sociedad, sino a una nueva manera de ver, concebir y explicar la Constitución. Haciéndose vida en cada Sentencia y aterrizando un derecho fundamental a su destinatario sin importar color, raza, sexo, posición ideológica, política o religiosa. Un derecho que tiene vida propia y se reclama en atención a un mundo más justo, más horizontal, más transparente, más plural: más democrático.

1. La constitucionalidad de la diversidad sexual

La comunidad LGBTI ha sido uno de los ejemplos más notables de transformación social a partir de la constitucionalidad de la diversidad sexual. En el marco de un país históricamente homofóbico, timorato y excluyente, la comunidad LGBTI ha puesto sobre el escenario la posibilidad de acercar la sociedad hacia un mundo más incluyente en atención al respeto por la diversidad sexual. La esfera de la comunidad LGBTI es amplísima. Recoge múltiples experiencias individuales a través de las cuales se concibe el cuerpo, la sexualidad, la genitalidad, la identidad, el amor, la felicidad, la igualdad y la dignidad. Históricamente la sociedad judeo-cristina fue erigida sobre la condición de hombre y mujer en atención a la reproducción. Hombre y mujer según una condición biológica (pene y vagina) y según una condición normativa: sexo contenido en el Registro civil. Hombre y mujer. Relación de todo o nada. Sin matices. So pena de

atender una condición patológica, criminal, inmoral o nociva. En atención a esa exigencia se era hombre y mujer porque así lo determinaba la norma. Hombres y mujeres que se unían para reproducirse. Hombres y mujeres sobre los cuales se asentaba la idea patriarcal de familia: padre proveedor, madre gestante e hijos. Lo diferente a ese modelo era invisible. Invisible pero no inexistente. Era un secreto a voces. Una realidad evidente que no tenía reconocimiento jurídico en el marco del modelo jurídico legalista que nos rigió hasta 1991. Una realidad que no tendrá protección jurídica porque la ley estaba hecha a la medida de los valores judeocristianos. Una ley implacable y unidireccional en el sentido de condición sexual. La diversidad sexual no tenía lugar a protección jurídica alguna.

La Constitución representa entonces una posibilidad. Una hendidura a través de la cual resulta posible preguntarse por el alcance y el contenido de la no discriminación sexual; de la igualdad jurídica; del libre desarrollo de la personalidad; del trato igualitario; de la autodeterminación; de la concepción antropocéntrica; de la Constitución en oposición al modelo centro-legalista clásico contenido desde 1886; de la salvaguarda de la dignidad humana y de la defensa de una condición íntima individual.

Es esta conciencia de derechos reconocidos constitucionalmente y asegurables mediante tutela (Artículo 86 superior) y acción pública de constitucionalidad (Artículo 40 # 6 superior) la que permite salir del clóset; la que permite poner sobre el escenario público una forma diversa y alterna al modelo heterosexual exclusivo y excluyente. Es la toma de conciencia de que existe un nuevo resorte normativo sobre el cual actuar en atención a la salvaguarda de la esfera más íntima de un ser humano que no se siente criminal, ni enfermo, ni peligroso, ni anormal por sentir atracción afectiva o sexual por alguien de su mismo sexo; o por sentir que su aparato fisiológico no se corresponde de manera definitiva con sus hormonas, con sus deseos o con su identidad como sujeto sexuado. Es la toma de conciencia de que tal preferencia no lo hace menos ser humano. No renuncia ni hipoteca su dignidad, ni su condición de sujeto titular de los mismos derechos de los heterosexuales.

Es por eso que por vía judicial la comunidad LGBTI ha logrado modificar la sociedad completa a partir de su institución básica: la familia. Ha exigido pensar la diferencia, la otredad, la transgresión y la autonomía. Ha llevado a sus más extremos niveles la tolerancia, el credo y la tradición. Ha quebrado líneas jurisprudenciales y posiciones mayoritarias. Y esto es un cambio sustancial de aplicación de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho y constitucional nuestro: proteger al individuo frente al poder de las mayorías. Proteger a las minorías frente a la concepción religiosa de las mayorías. Permitir el matrimonio igualitario y la adopción igualitaria no ha sido fácil. De hecho, ya va en curso el proyecto de ley de referendo derogatorio, para prohibirlo por vía popular. No ha sido fácil modificar la cosmovisión de instituciones milenarias. De hecho, no sabemos a ciencia cierta si es un logro o un salto al vacío. No sabemos si la libertad pueda generar excesos irreversibles. Lo que sí sabemos es que la aplicación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales enfrentados a la tradición mayoritaria confesional resulta insuficiente, innecesario e injustificable. Así lo ha sostenido de manera valiente y coherente con el espíritu de nuestra Constitución la siguiente concesión y salvaguarda de derechos de la población LGBTI en medio de un mundo hostil y una sociedad poco plural porque no ha sido suficientemente educada para aceptar al otro en su diferencia. La Constitución lo posibilita y la actividad judicial lo explicita. Este es el marco normativo judicial de constitucionalización de la diversidad sexual.

1.1 Reconocimiento de la unión marital de hecho en parejas del mismo sexo. Sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

Es la Sentencia que abre el principal espectro de protección de derechos a la comunidad LGBTI porque instala la condicionalidad de constitucionalidad del artículo 1 de la ley 54 de 1990 en el entendido de que la Unión marital de hecho también se aplique y reconozca los efectos patrimoniales derivados de la convivencia exclusiva, singular y permanente de parejas del mismo sexo. Esta Sentencia denuncia la omisión legislativa de ocuparse de un tema tan sensible y complejo por las condiciones electorales que acarrea. Sostiene que todos los intentos fallidos llevados al seno

parlamentario han padecido la falta de voluntad política para tomarse en serio la salvaguarda e integridad de derechos fundamentales asociados a la no discriminación, la defensa del libre desarrollo de la personalidad. Reconoce además que si bien, en ocasiones anteriores el alto Tribunal ha considerado que es el Legislador quien tiene la competencia para ordenar los contenidos legales y que por vía judicial ya se había configurado una cosa juzgada que llevaba la dirección hacia el Congreso, encuentra que tal parsimonia ha generado una vulneración sistemática de derechos fundamentales que con el paso del tiempo exigen una revisión social y jurídica. La Corte Constitucional habla de cosa juzgada relativa para sostener la existencia de nuevas variables y de nuevas demandas sociales que ameritan revisar el caso y abrir espacios de deliberación que demuestren que la exigencia de derechos fundamentales por parte de parejas del mismo sexo que viven de manera exclusiva, singular y permanente pero no gozan de los mismos derechos y consecuencias de las parejas heterosexuales, resultan afectadas por una condición discriminatoria, innecesaria, injustificada e ilegítima que al declararse inconstitucional da lugar para que sus pretensiones tengan asiento y se propenda por la construcción de una sociedad más justa en tanto igualitaria pues la sola justificación de negación de derechos patrimoniales derivados de la convivencia exclusiva y permanente, por su sola condición sexual, resulta insoportable en el escenario de constitucionalización de la diferencia sexual.

1.2 Acceso de la población transgénero al sistema integral de salud. Sentencia T 552 de 2013. MP María Victoria Calle. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Esta Sentencia es muy importante porque recoge y fija cuáles son las obligaciones de las EPS con respecto a la asesoría, acompañamiento, intervención y asistencia de la población *trans* con respecto a la intervención quirúrgica de la reasignación de sexo. (i) Es importante señalar que el término transgénero es una denominación genérica a través de la cual se designa a una persona cuya identidad sexual y de género no coincide con la establecida en el orden jurídico (Registro civil) según su condición biológica física externa; (ii) bajo esta generalidad se cobija la protección y la exigencia constitucional de todas aquellas personas en condición de transexual, intergénero,

transgénero, intersexual, drag queen, drag king; (iii) el núcleo esencial de derechos fundamentales que está en juego cuando se trata de atención estatal médica a la población trans es la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la no discriminación, la dignidad humana, el buen nombre y la honra; (iv) recuerda la obligación institucional, constitucional y jurídica de las EPS de brindar toda la información suficiente, acompañamiento psicológico y psiquiátrico, si es necesario, para que cada persona pueda tomar la mejor decisión, libre de prejuicios, asesorado con los mayores estándares de calidad y eficiencia profesional; (v) el espectro de actuación de la intervención quirúrgica es amplísimo, pues incluye no solo entrega de hormonas sino mastectomía, histerectomía, ooforectomía, reconstrucción de pene, uretra y escroto.

1.4 Síntesis de la línea jurisprudencial sobre el reconocimiento que tienen la población LGBTI a reclamar pensión de sobrevivientes. Sentencia T-151 de 2014. MP Mauricio González Cuervo. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)

Es una Sentencia en la que se reitera y se reconoce el derecho de una persona a reclamar la pensión de sobreviviente, dado que se cumple la condición legal de haber constitución de una unión marital de hecho, sin importar la condición homosexual del accionante. Esta posición ya había sido establecida por la misma Corporación mediante **Sentencia C-336 de 2008**²³¹ en la que se acepta y se define la importancia y exigencia estatal de asegurarle a la parejas homosexuales las mismas condiciones, las mismas exigencias y los mismos derechos derivados de la unión marital de hecho a la pensión que reconocía explícitamente el orden jurídico a las parejas heterosexuales. En una sentencia de tutela que va en la misma dirección, **Sentencia T-327 de 2014**²³² la Corte Constitucional ordena que el reconocimiento pensional a las parejas del mismo sexo ya es una verdad jurídica inobjetable y no se expone a valoraciones subjetivas y arbitrarias de los operadores jurídicos. Es por ello que ordena a la entidad no exigir más condiciones extralegales adicionales al accionante titular del derecho de pensión de sobrevivencia, pues al hacerlo, no solo se afecta la igualdad y la no discriminación sino

²³¹ Colombia, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández. (2008)

²³² Colombia, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-327 de 2014. MP Clara Inés Vargas Hernández. (2014)

que se pone al accionante en una condición de afectación a la dignidad humana innecesaria y contraria al espíritu de la Constitución.

1.5 Respeto por la identidad sexual en la Fuerza Pública. Sentencia T-099 de 2015. MP Gloria Ortiz Delgado. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Es una Sentencia en la que el alto Tribunal señala la responsabilidad estatal de respetar y aceptar la identidad de género de cada individuo. Entiende identidad de género como el proceso de exteriorización de un sexo que no necesariamente tiene que coincidir con el asignado por la sociedad según el derecho. La identidad de género acepta y reconoce la lógica dinámica y activa de la sociedad actual, en la que se posibilita a cada individuo definir qué es y cómo quiere ser representado en sociedad. Es por ello que en esta Sentencia se tutela el derecho al libre desarrollo de la personalidad en favor de un hombre que en el ejercicio de su identidad sexual se ha transformado en mujer. Pero la Fuerza Pública le sigue tratando como aparece registrado su sexo según las cartas jurídicas: hombre y por ende le obliga a prestar servicio militar. La Corte Constitucional, respetuosa del núcleo de derechos en juego es enfática en señalar que esa mujer debe ser tratada como tal, así no exista correspondencia inmediata con el registro civil. En atención a su calidad de mujer, se exime de prestar servicio militar y por ende ordena a la Brigada a resolver su situación militar y anularle la condición de remiso.

1.6 Aprobación del matrimonio civil en parejas del mismo sexo. Sentencia SU-214 de 2016. MP Alberto Rojas Ríos. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Es la Sentencia en la que se reconoce la validez de los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo contados a partir del 20 de junio de 2013. Para llegar a tal reconocimiento jurídico la Corte Constitucional tuvo ocasión de aclarar los siguientes puntos: (i) la corrección a la democracia que contiene el Estado constitucional nuestro. Esta corrección significa la limitación constitucional a la voluntad mayoritaria. Esto es, la existencia de los derechos fundamentales como límite al poder mayoritario; (ii) la corrección al sistema jurídico. Reconoce la Corte Constitucional que el órgano

legislativo ha omitido cumplir con su deber de atender demandas sociales propias de una nueva época, sujeta a unos retos inimaginados hace solo un par de años. Denuncia su silencio como una omisión sistemática que vulnera derechos de la población minoritaria. Y reitera que la condición de minorías no las puede invisibilizar de manera reiterada, injustificada o indefinida. Su atención a la exigencia por derechos básicos debe ser una demanda estatal vital y oportuna; (iii) reconoce la Corte Constitucional la importancia del poder judicial en escenarios constitucionales para hacer realidad el contenido de los derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad; (iv) reconoce la condición dinámica del derecho como manifestación social. A partir de esta condición se hace necesario que la realidad jurídica sea la que se acomode a las exigencias y demandas sociales y no al revés. El derecho se debe a la sociedad. Una sociedad que ha sido negligente e intolerante debe tocar las puertas del orden normativo para que el respeto por la diferencia y la atención a las demandas de igualdad sean posibles y eficaces. De tal manera que la intervención del derecho debe ser más flexible y debe reconocer el origen de instituciones según el tiempo y el espacio. Y no solo reconocerlas sino brindarle herramientas jurídicas plenas de aplicación y protección y; (v) afirma que establecer una doble categoría entre personas por su condición sexual (Heterosexuales - LGBTI) desnaturaliza, desconoce y niega el espíritu del Estado social de derecho. Es inadmisibles que el acceso al matrimonio, en tanto expresión libre de voluntad y de realización personal, se supedita a la orientación sexual. Que de tal orientación lo que a unos se permite a otros se prohíbe. Tal distinción es contraria al respeto por la diferencia y el respeto por la preferencia sexual de cada sujeto a quien el Estado social de derecho debe respetar en su decisión y disponer de medios jurídicos para que tal decisión sea posible. Y quien primero debe respetarla es el Estado y la mejor manera de hacer eficaz dicha protección, en este caso concreto, es erradicando toda barrera existente entre unos y otros. Eliminada la barrera se tiene entonces que no hay razones objetivas para prohibirle a unos lo que a otros se permite. Y sin razones objetivas de distinción la plenitud de la igualdad se tiene en la concesión de derechos en términos de igualdad para heterosexuales y parejas del mismo sexo. Igualdad que ha de hacerse valer así la mayoría y la tradición no lo entiendan o no lo acepten. Pero la esencia de la

jurisdicción constitucional es legítima, necesaria, válida y oportuna cuando sus decisiones atienden el núcleo esencial de los derechos fundamentales y no el simple eco del paso del tiempo y la costumbre. Máxime cuando éstos se han caracterizado, en este caso concreto, por negar una evidencia social y desconocer unos derechos explícitamente contenidos en el orden constitucional nuestro sobre el cual resulta posible y necesario que se haga o se erija una nueva manera de entender la vida en pareja, el amor, la felicidad y la familia.

2. La constitucionalización del mundo escolar

Antes de la Constitución de 1991 y su puesta en escena, el mundo escolar funcionaba como un relojito suizo. Rozaba con la perfección. El sistema escolar se dividía en dos grandes áreas: lo público y lo pródigo. Lo público, mal o bien, con escasez y buenas intenciones se ajustaba a las condiciones legales y los beneficios sindicales del gremio docente. Los profesores lograban llevar su vida profesional y personal con mucho esfuerzo y algo de dignidad. Su tarea loable siempre ha sido más una vocación que un oficio. Esculpen esas piedras con tanto amor y mística que logran hacer de cada estudiante una obra de arte. Salones repletos y condiciones físicas limitadas pero mal o bien siempre queda la reserva del apoyo estatal. El sector privado representa buenas condiciones económicas. Las familias, que pueden, pagan por calidad y por servicio. Sin traumas, ni paros, ni asambleas. Sin licencias ni incapacidades docentes. Con una jornada más amplia y grupos considerablemente reducidos tras el objeto de hablar de educación personalizada, bilingüe y cosmopolita. Buenas instalaciones, salones limpios y aireados, pasillos encerados. Excelentes instalaciones físicas y proyectos académicos más decorosos y originales que cualquier institución pública. Al fin y al cabo son los padres quienes pagan por el divertimento y la formación de sus hijos. ¿Cuánto hay que pagar? Eso lo decide el poder adquisitivo de cada familia, no el Estado. Colegios donde se forma la élite. Colegios en los que la tradición, el poder, el estatus y la asociación de padres parecieran estar por encima de la Constitución. Y fue así como resultó necesario, dinámico y sorprendente el acelerado proceso de constitucionalización del mundo escolar.

Constitucionalización del sistema escolar significa la sustitución del manual de convivencia por la Constitución y toda la dogmática garantista en favor del estudiante y de sus derechos fundamentales. Esta transición ha significado Troya. Ha exigido revisar a fondo el concepto de orden, disciplina, tradición, costumbre, autoridad, independencia, libertad, justicia, respeto. Todo se ha movido en la esfera escolar con ocasión del proceso de constitucionalización. Pues si bien es cierto que el respeto por la autoridad es muy importante, también es cierto que en el sistema escolar la línea que marcaba la diferencia entre respeto y miedo resultaba casi inexistente. Los estudiantes parecían súbditos. Expuestos mediante un pacto a una condición unilateral donde solo la institución y sus docentes tenía la verdad revelada. El alumno decente, respetuoso y portador de los valores institucionales era aquel que agachaba la cabeza, sin importar si era una orden, una propuesta educativa o un acto arbitrario de poder. En todo escenario solo cabía el consentimiento. Consentimiento en razón del poder. Y en razón de ese poder la autonomía, la libertad, el respeto por el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación parecían no tener lugar, pues la posición institucional era inflexible y categórica: “¡Si no le gusta así, tiene las puertas abiertas!” Y muchos padres de familia, por tradición, costumbre o miedo, soportaban y legitimaban actos arbitrarios. Actos inoportunos y arbitrarios. Actos excluyentes y discriminatorios. Actos que se recogen en una sola palabra: inconstitucional. Por ende susceptibles de corrección. Muy a pesar de la escuela de padres y de toda la junta directiva de la institución educativa. Todo esto en atención a tres premisas: (i) la supremacía de la Constitución frente al manual de convivencia; (ii) la integridad de los derechos fundamentales en atención a la salvaguarda del individuo autodeterminable frente al poder abusivo de terceros y, (iii) la prestación de un servicio público por parte de la institución educativa.

2.1 Sujeción de las instituciones privadas del sector educativo al principio constitucional de inclusión. Sentencia C-590 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. (Corte Constitucional de Colombia, 1997)

En esta Sentencia se revisa la autonomía que le ofrecía la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994, Artículo 203) a las instituciones privadas de cobrar un bono

educativo dentro de los requisitos de admisión, con el ánimo de colaborar en el buen desarrollo locativo e institucional que redundaría en la calidad del servicio a ofrecer. A juicio de la Corte Constitucional, las razones constitucionales para declarar su inexecutable pueden resumirse así: (i) debe diferenciarse la categoría jurídica y económica de bono a donación. Una donación es libre, plena, expresa la autonomía y no da lugar a intervención jurídica alguna. Por el contrario, un bono, presentado como condición *sine qua non*, ya no opera como una donación sino como un criterio de selección del estudiante que obedece a criterios no imputables la menor, pues lo que resulta decisivo en este caso no son los atributos del menor sino la capacidad de pago de los padres; (ii) emplear el pago de bonos como aporte al buen desarrollo institucional contiene una consideración tan amplia y vaga que posibilita o permite que la institución haga uso de tales recursos, contenidos en la figura de aportes de una manera amplia y exenta a control; (iii) dada la imposición implícita y explícita de la figura del bono como criterio de selección, encuentra la Corte Constitucional que la implementación de dicho bono constituye una barrera socioeconómica contraria al espíritu constitucional del Estado social de derecho. Pues se instala un umbral que acarrea y contiene condiciones de exclusión y discriminación; (iv) supeditar el proceso de selección al menor por la capacidad de pago sobre una condición externa al buen uso de habilidades académicas implica la vulneración amplia, ilegítima y arbitraria del derecho fundamental a la educación.

2.2 Tensión entre autonomía institucional y libre desarrollo de la personalidad. Sentencia T-656 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. (Corte Constitucional de Colombia, 1998)

En esta Sentencia la Corte Constitucional se ocupa de revisar la constitucionalidad de una aplicación de un manual de convivencia frente a una estudiante que ha quedado en embarazo. En este caso el alto Tribunal precisa que: (i) bajo ninguna circunstancia puede asociarse el embarazo a una conducta reprochable o indigna. Por el contrario la defensa de la maternidad es la máxima expresión del libre desarrollo de la personalidad; (ii) ningún manual de convivencia puede arrogarse la condición sustitutiva del sistema punitivo. Pues la imposición de penas como la expulsión o la

desescolarización unilaterales pueden entenderse como una extralimitación de funciones del sistema escolar; (iii) toda decisión institucional siempre debe contar con el consentimiento expreso y libre de la menor y sus acudientes; (iv) no puede alegarse la voluntad mayoritaria como justificación exclusiva de la sanción impuesta en contra de la conducta; (v) el deber de las instituciones educativas no se puede desconocer en estancias clave del proceso de formación de la estudiante. Por ende la expulsión o la desescolarización impositiva así tengas respaldo en el manual de convivencia se considerarán inconstitucionales toda vez que desconoce el libre desarrollo de la personalidad, la protección del menor, la dignidad humana y el derecho a la educación.

2.3 Tensión entre autonomía universitaria y respeto por la libertad religiosa. Sentencia T-044 de 2008. MP Manuel José Cepeda Espinosa. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

En esta Sentencia la Corte Constitucional reitera y confirma como sentencia hito de su jurisprudencia futura que ninguna institución de educación superior, máxime si es pública (En este caso resuelve dos tutelas presentadas contra la Universidad Nacional) puede negarse a modificar el día de realización del examen de admisión en atención a que la petición proviene de personas que profesan la religión adventista. Rechaza la Corte Constitucional el argumento esgrimido por la Universidad Nacional de actuar según su estatuto autonómico, reconocido constitucionalmente en el artículo 67 superior. Señala que la fijación del día sábado obedece a dos grandes razones que satisfacen intereses generales: (i) no se altera el funcionamiento ordinario de los estudiantes activos; (ii) se pone en un día en el que a la gente de mayoría no adventista le queda más fácil presentar el examen de admisión dado que no interrumpe sus responsabilidades laborales. Señala la Corte Constitucional que la salvaguarda de los derechos fundamentales no depende exclusivamente del mayor número de afectados. Pues si bien la carga cuantitativa fue determinante en el modelo democrático y utilitarista para preferir cierta política pública, también es cierto que la naturaleza constitucional defiende y promueve la integridad de derechos individuales más allá del número de beneficiarios. Basta con que una persona demuestre la naturaleza objetiva de un derecho para que se desprenda un deber. En este caso se ordena a la

Universidad Nacional que le re programe a los accionantes la fecha de realización de la prueba; y se insta para que, en adelante, toda Institución educativa modifique y re programe la fecha de realización del examen, de tal suerte que sin desconocer los criterios académicos más estrictos de selección, se vulnere el núcleo esencial del derecho a la educación, la no discriminación por asuntos religiosos, la igualdad, la libertad religiosa, la libertad de conciencia y la libertad de culto.

2.4 Coincidencia entre el principio de transparencia pública y la libertad de cultos. Sentencia T-493 de 2010. MP Jorge Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)

En esta Sentencia la Corte Constitucional en aras de asegurar la protección de la libertad religiosa y la libertad de cultos del accionante ordena al Instituto Colombiano para el Fomento de Educación Superior (ICFES) realizarle al estudiante del grado 11, el examen de Estado un día diferente al domingo, pues dada su profesión religiosa (Integrante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día) el día señalado por el ICFES coincide con el día de su práctica religiosa. Por tal manera al modificar la fecha de realización de la prueba, no se compromete el principio de transparencia y revisión académica de los futuros bachilleres que pretende la prueba, y a la vez, se asegura la integridad de la libertad religiosa, propia de un Estado laico.

3. Constitucionalización de la consulta previa en favor de comunidades indígenas

Reza el artículo 2 superior que la comunidad tomará parte activa, legal y democrática en las decisiones que les afecte directamente; y reza el artículo 7 superior que Colombia es un Estado pluriétnico y pluricultural. En razón de ello ha sido necesario contar con las comunidades indígenas y las minorías étnicas mediante la consulta previa para que de manera vinculante, libre, informada y democrática, sea la comunidad indígena misma la que reconozca y autorice la realización de obras o intervenciones que puedan afectar directamente su espacio físico o su estilo de vida. Esta práctica es muy importante porque instala una posición crítica frente a la idea tradicional de la salvaguarda o imposición del interés general como condición única para que la

administración pueda actuar exenta de límites. La constitucionalización de la consulta previa en favor de las comunidades indígenas contiene un reconocimiento expreso y explícito del respeto por la diferencia étnica, reconoce el pluralismo y abre un escenario oportuno para el reconocimiento de la diferencia. Este reconocimiento y esta diferencia ha representado múltiples confrontaciones frente a la Administración y sus agentes políticos, entidades mineras, explotadoras de recursos o agencias oficiosas que han considerado necesario reducir las creencias minoritarias para favorecer el progreso y el desarrollo económico. Es por eso que el análisis de la naturaleza, estructura, condiciones y consecuencias de la consulta previa resulta necesario, ad portas de un escenario de posconflicto abierto a la ley del mercado, explotación mineral y apropiación de recursos naturales de manera expedita y generosa.

3.1 Diversidad étnica y cultural como principio rector del Estado social de Derecho. Sentencia C-063 de 2010. MP Humberto Sierra Porto. (Corte Constitucional de Colombia, 2010)

En esta Sentencia la Corte Constitucional establece que: (i) los derechos de las comunidades indígenas no pueden ser equiparados a los derechos colectivos de la comunidad en general; (ii) el núcleo esencial de los derechos fundamentales que tiene ocasión con la titularidad y ejercicio de la consulta previa en favor de las comunidades indígenas es la protección constitucional de la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social; la prohibición de toda forma de desaparición forzosa y el derecho a tomar parte en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales que tenga lugar en el interior de su territorio y; (iii) con respecto a la tensión entre autonomía indígena y supremacía de la Constitución, la Corte Constitucional señala que, a priori, no existe una cosmovisión universalista de mundo que pueda imponerse, porque ello iría en detrimento del pluralismo que contiene la Carta. Bajo esa condición las comunidades indígenas gozan y disponen de una esfera de protección a sus creencias y ritos socialmente fundacionales. Sin embargo, tal autonomía no es absoluta pues de hallarse una tensión entre la práctica de la comunidad indígena y la supremacía de la Constitución debe identificarse que tal práctica no contradiga de manera ostensible la dogmática constitucional en cuanto a la dignidad humana, pues de ser así tal práctica

será declarada inexecutable y así se asegurará no solo la supremacía formal de la Constitución sino la integridad y la dignidad de los asociados. Aspectos estos que contienen las entrañas de la Constitución en sentido material.

3.2 Consulta previa como principal expresión de una sociedad democrática. Sentencia T-300 de 2013. MP Luis Guillermo Guerrero. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

En esta Sentencia la Corte Constitucional resalta y defiende la libertad de la que disponen las comunidades indígenas de vivir según unos valores y una cosmovisión diferente y especial. Una cosmovisión que asigna y confiere una identidad propia de moverse en el mundo, leerse en él y autoconcebirse según dicha visión. En virtud de esa autonomía las comunidades indígenas tienen la facultad de trazar sus propias leyes y actos administrativos que se correspondan con la toma de decisiones y el desarrollo más pleno de su proyecto de vida.

Con respecto a la consulta previa se señala que: (i) la aplicación y salvaguarda de la consulta previa obedece a un cambio de paradigma estatal que ha tenido lugar con la promulgación de la Constitución de 1991 y su reconocimiento por la diferencia étnica y cultural; (ii) el desarrollo de la consulta previa representa la más amplia y completa aplicación de un modelo democrático incluyente y acogedor con respecto a los intereses minoritarios; (iii) la práctica de la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental del que las comunidades indígenas son su máximo titular y; (iv) el desarrollo, aplicación y materialización de la consulta previa contiene la esencia y la filosofía del Estado social de derecho, a través del cual se protege de manera efectiva a la población minoritaria y potencialmente más vulnerable y excluida.

3.3 Justificación axiológica de la exigencia a de la consulta previa. Sentencia T-795 de 2013. MP Gabriel Mendoza Martelo. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Esta Sentencia señala que la razón de ser de la consulta previa por parte de comunidades indígenas tiene el objeto de asegurar su autonomía, diversidad e idiosincrasia; en razón de ello, los temas sobre los cuales se requiere sí o sí la aplicación de la consulta previa son: (i) aquellos que tengan relación directa con su territorio; (ii) aquellos que impliquen explotación de recursos naturales en el interior de su territorio; (iii) aquellos que implique la delimitación y co-participación de configuración de gobierno local.

3.4 Condiciones esenciales para que se exija la consulta previa en atención a la minoría étnica. Sentencia T 550 de 2015. MP Miryam Ávila Roldán. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

En esta Sentencia la Corte Constitucional señala que las condiciones raciales, culturales, étnicas y plurales no son, por sí mismas, la condición determinante y excluyente que defina la calidad de comunidad sobre la cual se pueda predicar la titularidad del ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa. A juicio del alto tribunal, el elemento decisivo para configurarse la calidad de minoría étnica, susceptible de reclamar la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa frente a aquellas actuaciones legales o administrativas que les afecte directamente es la auto-identificación como colectividad. En esta dirección los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia y autónoma que se adapta a los cambios históricos y a los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas que se conservan y se prolongan por medio de prácticas y de hábitos, más allá del paso del tiempo o del hecho de que muchos de sus integrantes tengan y apliquen un menor apego a la tradición de dicha colectividad.

CONCLUSIONES

La realidad colombiana de la década del ochenta no tardó mucho en exigir una reforma constitucional. Fue una exigencia derivada desde múltiples frentes que no tuvo acogida en el Congreso. La realidad política hizo evidente la necesidad de redactar una Constitución que se ajustara a nuevas demandas sociales y a exigencias institucionales que la Constitución de 1886, por sustracción de materia, no tenía cómo resolver. En este acuerdo tomaron parte estudiantes universitarios, intelectuales, desmovilizados, periodistas, líderes políticos, narcotraficantes, y por supuesto, la ciudadanía en general, cuando respaldó masivamente las consultas populares de marzo, de mayo y de diciembre de 1990, que le exigieron a la Corte Suprema de Justicia, en una apretada decisión de múltiples matices jurídicos y políticos, reconocer que quien llamaba a su puerta era el pueblo mismo, titular del poder constituyente y único órgano capaz de derogar el acuerdo político que desde 1957 había confiado la posibilidad de reforma exclusivamente en el Congreso.

Las elecciones del 9 de diciembre de 1990 dejaron listo el partidor para que setenta delegados, elegidos popularmente, y dos delegados designados por el Presidente César Gaviria, se sentaran entre los meses de febrero y de julio de 1991 a modificar la carta política que nos regía desde finales del siglo XIX. Instalada formalmente la Asamblea Nacional Constituyente el 4 de febrero de 1991, fue necesario determinar su competencia. Debía aclararse si sus sesiones se dirigían a reformar la Constitución de 1886 o si tenía la facultad de redactar una nueva. La diferencia entre Asamblea Constitucional y Asamblea Constituyente es decisiva para la teoría política, pero en el caso colombiano la suerte ya estaba echada. Era una Asamblea Constituyente que había recibido del pueblo mismo la competencia suficiente para darse un nuevo texto con el cual habría de dirigirse la institucionalidad y la vida pública, a futuro, para toda Colombia. Los días de vigencia de la Constitución de 1886 estaban contados.

La Asamblea Nacional Constituyente no empezó de ceros. Tenía en sus manos múltiples proyectos de Constitución. Desde las mesas preparatorias hasta la propuesta individualizada que llevó a la Asamblea cada delegatario y su equipo asesor. Desde la

propuesta constitucional que elaboró y defendió el equipo asesor del Presidente César Gaviria hasta las propuestas que hicieron llegar las organizaciones no gubernamentales. Este trabajo se ha detenido en tres casos concretos: (i) la fuerza pública; (ii) el ordenamiento territorial alrededor del Municipio y; (iii) los medios de comunicación y el ejercicio periodístico.

Los tres casos tienen una constante: sus propuestas fueron atendidas en los aspectos sustanciales. Pero no tanto porque hubiesen sido reconocidos como agentes deliberantes activos que tenían algo importante para decir sino porque sus propuestas coincidieron con el borrador de Constitución ofrecido por el Gobierno que los delegatarios aprobaron y que, para bien de todos, recogía lo estructural de la propuesta ciudadana. En el fondo, ganaron las expresiones ciudadanas porque su condición esencial fue acogida en el texto constitucional vigente. Pero tanto la forma de discusión como los aspectos complementarios no fueron tenidos en cuenta. No estuvieron en la agenda ni fueron del interés de los delegatarios, que por intereses previos o estricta limitación de tiempo, terminaron sumándose al proyecto gubernamental, que nos llevaba de nuevo a la constante de nuestro proceso constituyente: un texto a puerta cerrada sin participación ciudadana alguna.

En el primer caso de estudio, sobre la Fuerza Pública, hay varios aspectos importantes por destacar. (i) fue uno de los temas en los que menos intervención ciudadana hubo. Casi todos los proyectos con los que se trazó el plan de trabajo en las mesas preparatorias provinieron de agencias militares y de la Subcomisión IV de la Comisión tercera de la Asamblea. El gran aspecto básico sobre la reforma constitucional en materia de Fuerza Pública tuvo muy pocos cambios con respecto a lo contenido en la Constitución de 1886. Se conservó la doble naturaleza de las Fuerzas Armadas. Una de corte militar donde está el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea. Por otro lado está el cuerpo civil en cabeza de la Policía. Se conservaron los privilegios prestacionales para sus integrantes; el estatus constitucional; el fuero penal militar y la jurisdicción militar. Aspectos muy sensibles a tratar durante todo el proceso constituyente porque se sentía el malestar subrepticio de la tropa ante tantas concesiones a rebeldes. Aún estaba muy fresca la memoria de la toma del Palacio de Justicia a manos del M-19. Y justamente

uno de sus líderes, Antonio Navarro Wolf, co-presidía la Asamblea. En este sentido el margen de acción de la tropa fue muy amplio pues entendió que el proceso de desmovilización de los grupos rebeldes había diezmado la moral de la Fuerza Pública con castigos muy severos para los uniformados y amnistías para los desmovilizados del EPL, M-19 y Quintín Lame. Pero no todo fueron concesiones y privilegios. Pues la época de justicia transicional en pro de la paz exigió ajustes institucionales que tocaron la médula de la Fuerza Pública. Uno de estos cambios fue la sustitución del Ministerio de Guerra por el Ministerio de Defensa en cuya cabeza el titular de la cartera dejaba de ser un militar para darle lugar a un civil. De igual manera ocurrió con el Departamento Administrativo de Seguridad, el cual dejó de estar en manos de militares para pasar a una dirigencia civil. Son cambios que advertían una nueva manera de pensar y de dirigir instituciones públicas, en las que si bien, la ciudadanía no fue la gestora sí resultó beneficiada.

En el segundo caso de estudio, sobre la propuesta de la Federación Colombiana de Municipios, encontramos un aspecto muy importante a destacar: el núcleo esencial de su propuesta fue acogido a plenitud. Se instaló al Municipio en el centro de la estructura política y administrativa del nuevo orden estatal. Un logro sustancial en el marco de una historia política centralizada como consecuencia de la estructura presidencialista, unitaria y nacional de nuestra República. Sumado a esto cabe destacarse la naturaleza política no gubernamental de la Federación. Sus ambiciones fueron enormes. Querían que la Constitución solo enunciara la preponderancia del Municipio como entidad territorial con autonomía política, financiera y administrativa; dejando las facultades de su regulación a una ley orgánica de organización territorial. Este interés no pudo ser superado, pues la Constitución se extendió sobremanera en la naturaleza, en los límites, en la estructura y en las condiciones del orden municipal. Dejando entonces en los integrantes de la Federación un sabor agridulce. Dulce porque se logró el cometido de posicionar al Municipio en la estructura política del Estado. Con autonomía suficiente para estar ajeno jurídicamente de las decisiones presidenciales, centralistas o capitalinas; agrio porque los dejó sin el margen de maniobra interno que hubieran

querido, pues el alcance y el derrotero que trazó el texto constitucional desdibujó el marco de acción o de visibilidad de la misma Federación.

En el tercer caso de estudio, propuesto por la Asociación Colombiana de Periodistas, ocurrió un caso similar al anterior. Se dio a la libertad de expresión, de prensa, de informar, de ser informado y prohibir la censura, un rango constitucional. Se reconoció la importancia del oficio del periodista en un marco democrático y la imposibilidad estatal de limitar o coaccionar la libertad de prensa. Incluso aquella que sea contraria a sus intereses. El trabajo realizado por la Asociación Colombiana de Periodistas, desde el punto de vista de la participación ciudadana merece resaltarse porque fue el más horizontal. Tanto en la forma de permitir el envío de las propuestas como en la manera de tramitar internamente las intervenciones ciudadanas. Fue un claro ejemplo de llevar a la práctica lo que la teoría de la acción comunicativa propone. Sumar el mayor número de agentes en el foro público y permitir que cada quien exprese su deseo hasta alcanzar la máxima o la demanda más razonable. Es por ello que la propuesta sobre los medios de comunicación y la actuación del periodismo en Colombia no solo demandó un estatus constitucional para el oficio del periodismo sino que reclamaba mayor intervención estatal en la subvención y en la promoción del periodista y su grupo familiar. Estas propuestas oscilaron entre la exención tributaria en la importación de equipos periodísticos hasta la erección de una jurisdicción especial como la que se había reconocido para la Fuerza Pública o la comunidad indígena. Aspectos que fueron omitidos de manera sistemática en las sesiones de debate de la Asamblea y que dieron lugar para que la Asociación Colombiana de Periodistas llegase a sentirse como invitada de piedra en el proceso de confección y aprobación de los temas tratados.

La participación ciudadana durante el proceso constituyente que dio lugar a la expedición de nuestra Constitución Política vigente transitó entre la certeza y la frustración. Certeza porque se propuso hacer una ruptura histórica con respecto a las versiones antidemocráticas de nuestras Constituciones anteriores. Dio lugar a la participación ciudadana desde un comienzo cuando llamó a la ciudadanía poder constituyente; cuando permitió que la Constitución se redactara a muchas manos, pues la Constitución de 1991 no fue un pacto político a puerta cerrada como solía ser la

tradición sino que se permitió a diferentes partidos y facciones políticas e ideológicas alternas tomar parte en el diseño de la norma que empezaría a regirle. El delegatario Lorenzo Muelas lo decía con claridad cuando tuvo ocasión de pronunciarse ante la Asamblea en pleno: *“Después de 500 años de exterminio y de exclusión, por fin el país se da cuenta de que existimos.”* Fue un proceso constituyente de certeza para la participación ciudadana porque, como nunca antes había ocurrido, se permitió que cada asociado elevara su propuesta y entregara su versión articulada o sistemática de lo que, a su juicio, debería tener el nuevo Estado. Un nuevo Estado, una nueva sociedad, una nueva Constitución. Así se pensó. Al parecer, dejando de lado que los procesos constituyentes, tienen su origen en un interés y en una voluntad política. De tal condición su frustración. Pues aunque sí hubo participación, en muchas ocasiones y tomando como colofón el texto definitivo pudo advertirse que la participación ciudadana fue más de papel que de evidencia. Mirando hacia atrás es posible afirmar que los presupuestos estructurales ya estaban definidos. A puerta cerrada como siempre ha ocurrido. Y que para aspectos marginales y simbólicos, se abrieron las puertas para que la participación ciudadana redactara su Constitución democrática.

La forma se hizo y las propuestas abarrotaron a las Comisiones y las mesas preparatorias. Pero lo que ya estaba resuelto, parece ser, se había instalado desde mucho antes de que la Asamblea Nacional Constituyente empezara a sesionar. Los acuerdos y las aprobaciones de las plenarias terminaron siendo un símulo con el que se quiso aquietar las voces críticas de quienes no alcanzan a ver en el texto promulgado de manera solemne el 4 de julio de 1991 lo que había querido, o lo que a su juicio, el país había necesitado para ser verdaderamente democrático, participativo, plural e incluyente como rezan sus principios.

Si bien el texto constitucional en sí mismo deja muchas dudas sobre su redacción democrática y plural, es importante destacar que este trabajo ha tenido como segundo objetivo mostrar de qué manera el espíritu de la Constitución ha servido como punta de lanza para lograr la visibilidad de derechos básicos de grupos periféricos. Dichas conquistas han materializado un cambio en el interior del sistema político. Podemos afirmar con certeza que asistimos a una corrección de la democracia en tanto las

minorías han logrado trazar la agenda pública en muchos debates. Han tomado la palabra y han puesto sobre el asiento de los derechos fundamentales constitucionales la necesaria revisión de los intereses mayoritarios. Sus reclamos han puesto nuestra sociedad al borde del abismo pero han justificado la existencia de la Constitución, no ya como una letra muerta o una carta de batalla, sino como un insumo esencial desde el cual han justificado sus reclamos, y dado que no hubo argumentos constitucionales para negar sus pretensiones, pues solo asomaba de forma tímida e inútil el marco de la tradición o de la vocación mayoritaria, fue necesario que la Corte Constitucional, con miedos e incertidumbres, se viese obligada a concederlas.

Así se ha transformado la sociedad nuestra en una sociedad democrática constitucional. Se ha nutre de la Constitución y la ha transformado. La ha hecho cuerpo. Se ha inspirado en la sociedad y ha buscado en la Constitución luces y pistas para justificar sus exigencias. Muchas de estas exigencias se han transformado en derechos fundamentales protegidos de manera expansiva en atención al principio de progresividad. Exigencias críticas y desconcertantes. Pero ahí está la esencia y el valor de la democracia: reconocer el relativismo como su condición primera. Sin lugar a verdades absolutas y poniendo como consecuencia un mejor argumento. Condición necesaria y rectora en una sociedad donde los fusiles, la prisión o la excomuni3n garantizaban el control social. Hoy dicho control está atravesado por la diferencia, los diferentes colores y las diferentes versiones y voces sobre lo que somos y lo que queremos ser.

Este ha sido el relato de una Constitución con luces y con sombras. Luces democráticas sobre su origen. Ruptura institucional a manos de una juventud valiente y rebelde que dio una lección de dignidad en una época donde el establecimiento estaba amedrentado por la eficacia del poder del narcotráfico. Sombras durante la redacción de un proceso constituyente que cedió a la fuerza organicista del gobierno de turno y sus asesores jurídicos. Y luz de nuevo cuando se toma la Constitución como libreto y se exige el compromiso social y material con cada línea de un derecho, que está explicitado en el texto constitucional o que está por escribirse. Cada caso es una historia, es un libro de guerra o un capítulo que inspira y nutre el contenido de

sentencias que tienen lugar en la Corte Constitucional. Hemiciclo público razonable y base de tantas transformaciones, aquí recogidas, y que sigue teniendo lugar en el mundo real. En el mundo de los derechos y en el mundo de las luchas sociales. Pues en aquel espacio donde la clase política resultó indiferente e indolente, la sociedad sabe que existe un recurso judicial: tutela o acción pública, del que puede valerse y en el que cree porque le ha resultado útil la más de las veces. Le ha sido eficaz. Y de tal confianza, podemos decir que la Constitución, su espíritu, su guardián y su interpretación han hecho posible una sociedad más horizontal, activa y deliberante. Una sociedad en la que podemos decir a viva voz que se ha cumplido la promesa jurídica tantas veces fallida de acudir al derecho en sustitución de cualesquier expresión de violencia.

REFERENCIAS

Bibliografía

ABELLA EZQUIVEL, Aída; CARRANZA, María Mercedes; EMILIANI ROMÁN, Raimundo; TORO ZULUAGA, Germán; & URIBE VARGAS, Diego. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (82). Mayo 25, 1991.

ABELLA EZQUIVEL, Aída. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*, Junio 22 de 1991 (105). Mayo 23, 1991.

ALARCÓN, Óscar. *La cara oculta de la Constitución del 91*. Bogotá: Planeta, 2011.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALIANZA DEMOCRÁTICA M-19 & Unión Patriótica. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (52). Marzo 7 de 1991.

ANDREU-GUZMÁN, Federico. *Fuero Militar y Derecho Internacional*. Bogotá: Comisión Internacional de Juristas – Comisión Colombiana de Juristas, 2003.

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Gredos, 2008.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Tercera. *Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (78). Mayo 21, 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Tercera. *Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (83). Mayo 27, 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión Tercera. *Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*, Junio 19 de 1991 (102). Abril 22, 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Secretaría General. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (109). Febrero 22, 1991.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (Mayo 30, 1991). Actas de sesión plenaria. *Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia*, Septiembre 5 de 1991 (122). Junio 27, 1991.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PERIODISTAS. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (61). Abril 27, 1991.

ATEHORTÚA, Adolfo León. & VÉLEZ, Humberto. *Estado y Fuerzas Armadas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores; Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. *El silencio del emperador. Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Unibiblos, 2001.

BERLIN, Isaiah. *Sobre la libertad*. Madrid, Alianza, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janes, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. México: FCE, 1999.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 2000.

BOCANUMENT, Mauricio. RESTREPO, Olga. & ROJAS, Milton. (Coordinadores académicos) *Participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991*. Medellín: Fondo editorial Uniremington; Sello editorial – Universidad de Medellín. 2015.

BOTERO BERNAL, Andrés. (Coordinador Académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012.

CARRILLO, Fernando. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (31). Abril 1, 1991.

CARRANZA, María Mercedes. & LEYVA, Álvaro. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (25). Marzo 21, 1991.

CASTRO, Jaime. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (120). Agosto 21, 1991.

CEPEDA, Manuel José. *La Constitución que no fue y el significado de los silencios constitucionales*. Bogotá: Uniandes-Áncora editores, 1994.

CERMENTENO, Jenny. *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, Colombia, 2004.

COLEGIO ALTOS ESTUDIOS DE QUIRAMA. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (34). Abril 2, 1991.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 28 de 1905*. Colombia, 1905.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 84 de 1931*. Colombia, 1931.

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 3 de 1945*. Colombia, 1945.

CONSTANT, Benjamin. *Principios de política*. Madrid: Aguilar, 1970.

DÍAZ; Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

DUNCAN, Gustavo. *De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Debate, 2015.

DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*. México, FCE, 1957.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 1997.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 3ra ed, 2011.

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (33). Febrero 22, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris, 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2007.

GALÁN SARMIENTO, Antonio. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (31). Abril 1, 1991.

GANDHI, Mahatma. *La historia de mis experiencias con la verdad*. Bogotá: Temis, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 2001.

GARCÉS LLOREDA, María Teresa. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (96). Junio 12 de 1991.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. En: Sousa, B. & García, M. (Eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Tomo I) Bogotá: Siglo del hombre Editores – Universidad de los Andes. 2001.

GAVIRIA, César. *Diario de la Asamblea Nacional Constituyente*, (No 1). Bogotá, 1991.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1906). *Decreto Legislativo 67 de 1906*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1928). *Decreto Legislativo 2 de 1928*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1944). *Decreto 2180 de 1944*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1952). *Decreto 171 de 1952*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1953). *Decreto 1814 de 1953*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1954). *Decreto 1426 de 1954*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1954). *Decreto 2311 de 1954*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1958). *Decreto ley 0250 de 1958*. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1966). *Decreto 1667 de 1966*, Estatuto orgánico de la Policía Nacional. Colombia.

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1988). *Decreto 2550 de 1988*, Código Penal Militar. Colombia.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan. & LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (9). Febrero 19, 1991.

GUTIÉRREZ, Francisco. *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: Debate – IEPRI, 2014.

HAMILTON. *El Federalista*. México: FCE, 1983.

HOLMES TRUJILLO, Carlos. & PINEDA SALAZAR, Héctor. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (43). Abril 11, 1991.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares. 2002.

KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. México: Colofón, 2002.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2007

LOEWENSTEIN, Karl. *La teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.

MAGALDI, Nuria. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*. Bogotá: Universidad Externado. 2007.

MARÍN VÉLEZ, Marco. *Temas fundamentales del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Ibáñez, 2016.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *Manual de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007

MEJÍA BORDA, Arturo. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (24). Marzo 20, 1991.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. (Coordinador académico). *Controversias Constitucionales en el Bicentenario Constitucional Colombiano*. Medellín: Sello editorial, 2015.

MONCAYO, Paco. *Fuerzas Armadas y sociedad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 1995.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Constitucionalismo histórico: historia de Colombia a partir de sus Constituciones y reformas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

ORTIZ HURTADO, Jaime. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (24). Marzo 20, 1991.

ORTIZ SARMIENTO, José Matías. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (29). Marzo 30, 1991.

PALOU, Juan Carlos. *Las fuerzas armadas y la transición constitucional en Colombia*. En: *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, Año 8, (4), 1993

PASTRANA BORRERO, Misael. RODADO NORIEGA, Carlos. YEPES ARCILA, Hernando & OSPINA HERNÁNDEZ, Mariano. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (23). Marzo 19, 1991.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis, 2004.

PIZARRO LEONGÓMEZ, Eduardo. & MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. (Relatores) *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2015.

PLA, Isabel. *Medios de comunicación y democracia: Realidad, cultura cívica y respuestas legales y políticas*. *Revista Razón y Palabra* (Publicación digital), Oct – Nov 2001, (No. 23). 2001.

PLAZAS ALCID, Guillermo. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (22). Marzo 18, 1991.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Gaceta Constitucional de la República de Colombia* (5). Febrero 15 de 1991.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*. *Gaceta Constitucional de la República de Colombia* (5). Febrero 15 de 1991.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. 2da edición. Bogotá: Ibáñez, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE, 1955.

RAWLS, John. *Una teoría de la justicia*. México, FCE, 1994.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica FCE. 2006.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Nacional de Colombia de 1886*. Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Colombia.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Las Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

RODRÍGUEZ, Saúl. & TORRES, César. *De milicias Reales a militares contrainsurgentes. La institución militar en Colombia del Siglo XVIII al XXI (1ª Ed.)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2008.

ROJAS BIRRY, Francisco. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (29). Marzo 30, 1991.

ROSS, Alf. *¿Por qué Democracia?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SÁCHICA, Luis Carlos. & VIDAL PERDOMO, Jaime. *La constituyente de 1991: compilación, comentarios y análisis jurídico de sus antecedentes*. Bogotá, Cámara de comercio de Bogotá, 1991.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo (Sus problemas)*. Buenos Aires: Fondo editorial bibliográfica argentina, 1957.

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Barcelona: Taurus, 2007.

SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Madrid: Viejo Topo, 2006.

VALENCIA VILLA; Hernando. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Cerec, 1997

VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. & ABELLA EZQUIVEL, Aída. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (27). Marzo 26, 1991.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Bogotá: Legis, 2005.

VILLA RODRÍGUEZ, Fabio. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (21). Mayo 15, 1991.

ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. *Gaceta Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia* (80). Mayo 23, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1992A). *Sentencia T-469 de 1992*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1992B). *Sentencia C-544 de 1992*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1994A). *Sentencia T-324 de 1994*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1994B). *Sentencia T-446 de 1994*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1994C). *Sentencia C – 453 de 1994*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1996). *Sentencia C-103 de 1996*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1997A). *Sentencia C-337 de 1997*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1997B). *Sentencia C-590 de 1997*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1998A). *Sentencia T-261 de 1998*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1998B). *Sentencia T-235 de 1998*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1998C). *Sentencia T-656 de 1998*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2000). *Sentencia C-1338 de 2000*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2001A). *Sentencia T-142 de 2001*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2001B). *Sentencia C-507 de 2001*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2001C). *Sentencia SU-1122 de 2001*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2003A). *Sentencia T-473 de 2003*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2003B). *Sentencia T-487 de 2003*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2003C). *Sentencia C-551 de 2003*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2004A). *Sentencia C-127 de 2004*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2004B). *Sentencia C-831 de 2004*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2004C). *Sentencia C-224 de 2004*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2004D). *Sentencia T-983 A de 2004*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2005). *Sentencia T-603 de 2005*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2006). *Sentencia T-1005 de 2006*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2007). *Sentencia C-075 de 2007*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2008A). *Sentencia T-044 de 2008*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2008B). *Sentencia C-230 A de 2008*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLMOBIA. (2008C) *Sentencia C-336 de 2008*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2009). *Sentencia C-728 de 2009*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2010A). *Sentencia T-493 de 2010*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2010B). *Sentencia C-063 de 2010*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2013A). *Sentencia T-300 de 2013*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2013B). *Sentencia T 552 de 2013*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2013C). *Sentencia T-795 de 2013*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014A). *Sentencia T-151 de 2014*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014B) *Sentencia T-327 de 2014*. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2015). *Sentencia T-099 de 2015*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2015). *Sentencia T 550 de 2015*. Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2016). *Sentencia SU-214 de 2016*. Colombia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. (1978). *Sentencia del 5 de Mayo de 1978*. Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. (1981). *Sentencia del 3 de Noviembre de 1981*. Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. (1990A). *Sentencia del 24 de Mayo de 1990*. Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. (1990B). *Sentencia del 9 de Octubre de 1990*. Colombia.