

Helena Alviar García

Julieta Lemaitre Ripoll

Betsy Perafán Liévano

Edición académica y coordinación

Constitución y democracia en movimiento



Constitución y democracia en movimiento

Helena Alviar García Julieta Lemaitre Ripoll Betsy Perafán Liévano

Edición académica y coordinación

Constitución y democracia en movimiento

Constitución y democracia en movimiento / Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll, Betsy Perafán Liévano, editoras académicas y coordinadoras. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2016.

508 páginas; 21 x 24 cm.

ISBN 978-958-774-214-5

1. Derechos humanos – Colombia 2. Democracia – Colombia 3. Colombia – Constitución, 1991 I. Alviar García, Helena II. Lemaitre Ripoll, Julieta III. Perafán Liévano, Betsy Yadir IV. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 342.861

SBUA

Primera edición: enero del 2016

© Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll, Betsy Perafán Liévano (editoras académicas y coordinadoras)

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-214-5

ISBN *e-book*: 978-958-774-215-2

Coordinación editorial: Marta Rojas

Revisión de textos: Francisco Díaz Granados

Maqueta: Miguel Nova

Diagramación y carátula: Gloria Díazgranados

Impresión:

Editorial Kimpres S.A.S.

Calle 19 sur n.º 69C-17

Teléfono: 4136884

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Contenido

Presentación	vii
<i>Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll y Betsy Perafán Liévano</i>	
Introducción pedagógica	xi
<i>Betsy Perafán Liévano</i>	

PARTE 1

SECCIÓN 1 Preguntas fundacionales: los debates del diseño institucional

El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”	3
<i>Julieta Lemaitre Ripoll</i>	
El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar	25
<i>Antonio Barreto Rozo</i>	
La distribución de los recursos y la función del Estado	45
<i>Helena Alviar García</i>	
Desmontando los derechos fundamentales	65
<i>Beatriz Eugenia Sánchez Mojica</i>	

SECCIÓN 2 Las instituciones de la democracia

El andamiaje del Estado colombiano: fichas y modelos para armar	83
<i>Antonio Barreto Rozo</i>	
La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva	103
<i>Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón</i>	
El Congreso de Colombia y la democracia: caracterización de una institución en crisis	123
<i>Andrea Celemín Caicedo</i>	
Justicia: ¿derecho o privilegio?	145
<i>Isabel Cristina Jaramillo Sierra</i>	
La participación ciudadana y el sistema de representación democrática	165
<i>Christian Uribe Mendoza, Mónica Pachón Buitrago, Laura Wills-Otero</i>	

PARTE 2

SECCIÓN 3 Vida y libertad

¿Libertad y orden? Los límites a la libertad como forma de organización de la democracia	189
<i>René Urueña Hernández</i>	

La libertad personal <i>Ricardo Posada Maya</i>	207
El debido proceso <i>Ricardo Posada Maya</i>	223
El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad <i>Natalia Angel Cabo</i>	239
Los significados del derecho a la vida <i>Esteban Restrepo Saldarriaga</i>	259
SECCIÓN 4 Igualdad y diferencia	
El derecho a la igualdad y a no ser discriminado <i>César Rodríguez Garavito</i>	279
Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia <i>Libardo Ariza Higuera</i>	295
SECCIÓN 5 Estado Social de Derecho	
Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar <i>Helena Alviar García</i>	315
La educación: protectora de otros derechos <i>Betsy Perafán Liévano</i>	333
El núcleo esencial del derecho a la salud <i>Everaldo Lamprea Montealegre</i>	349
PARTE 3	
SECCIÓN 6 Mercados y democracia	
Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991 <i>Eleonora Lozano Rodríguez</i>	373
Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991 <i>Hernán Vallejo González</i>	393
El ciudadano en el mercado: una introducción al derecho del consumo <i>Mauricio Rengifo Gardeazábal</i>	419
SECCIÓN 7 El derecho de la guerra y la transición a la paz	
Derecho Internacional Humanitario: logros y retos <i>Paula Guerrero Salazar</i>	439
La justicia transicional y la responsabilidad por las atrocidades del pasado <i>Farid Benavides Vanegas</i>	461
Índice temático	483

Presentación

Helena Alviar García, Julieta Lemaitre Ripoll, Betsy Perafán Liévano

Las democracias contemporáneas se fundan en una Constitución, por lo general, escrita, y la Constitución se convierte en el referente obligado del ejercicio del poder legítimo, es decir, del ejercicio del gobierno con el consentimiento de los gobernados. La Constitución crea las instituciones que rigen las sociedades contemporáneas, les asigna sus funciones y diseña las relaciones entre ellas. Su vocación es limitar el poder de los hombres y mujeres que gobiernan, límite que queda en el texto, a la manera de un contrato, con deberes y obligaciones mutuas, cuya forma básica tiene sus raíces lejanas en el medioevo europeo con los acuerdos entre las ciudades y los señores feudales y entre estos y sus reyes. Como en estos acuerdos medievales, las Constituciones contemporáneas delinean las libertades de los individuos y las colectividades frente al poder armado del soberano y, al mismo tiempo, declaran que este poder es legítimo. A partir del siglo XX, muchas Constituciones, además, integran en este contrato promesas de inclusión y representación para las minorías, así como herramientas para la distribución de recursos entre ciudadanos.

Las Constituciones contemporáneas tienen en común la división del Estado en diferentes ramas del poder público. Varias incluyen instituciones destinadas a controlarlas y vigilarlas, así como sistemas de control mutuo, llamados de frenos y contrapesos. Como este es el caso de la Constitución colombiana, este libro hace una revisión detallada de la forma como se organiza el poder político

en Colombia. Además de una mirada panorámica (Antonio Barreto), incluye detallados capítulos sobre las ramas Ejecutiva (Miguel Malagón y Diana Durán), Legislativa (Andrea Celemín), Judicial (Isabel Jaramillo) y sobre participación ciudadana (Christian Uribe, Laura Wills y Mónica Pachón). En estos capítulos se describen y critican las distintas ramas del poder público y los organismos de control; se explica cómo se ejerce el poder a través de estas instituciones, de acuerdo con la Constitución, y se examina si ello quiere decir que se ejerce el poder con el consentimiento de los gobernados, es decir, de forma legítima.

Constitución y justicia

Las sociedades contemporáneas presuponen que las reglas de distribución del poder y los recursos deben parecer justas a los asociados y garantizar de manera práctica a todos ellos la posibilidad de tener una vida buena, dentro de las variaciones culturales e históricas del momento. Es en la justicia o la percepción de justicia donde se juega su legitimidad una Constitución, y existe una nutrida literatura sobre el origen y la reproducción de la legitimidad del poder, es decir, sobre el consentimiento de los gobernados. Esta literatura está atravesada por la pregunta por la justicia: según Rawls, la justicia es la virtud que hace legítimas las instituciones. Esta justicia no se predica solo de la forma como los gobernantes ejercen su poder sobre individuos y agrupaciones; se predica

también de las reglas y acuerdos para distribuir el poder y los recursos en una sociedad, y del resultado real de la aplicación o no de estas reglas.

La Constitución es entonces más que el diseño de las instituciones de gobierno y sus límites: es también el reflejo de las aspiraciones sociales a una vida buena, como ideal al alcance de todos. Estas aspiraciones se materializan en las Constituciones en los múltiples derechos que garantizan, por ejemplo, a la libertad, la igualdad y la vida digna. Su significado exacto y su materialización en instituciones justas es objeto de un debate constante en las sociedades contemporáneas. En este libro se describen el contenido y los debates en torno a algunos de estos derechos: libertad personal y debido proceso (Ricardo Posada); libre desarrollo de la personalidad (Natalia Ángel); vida (Esteban Restrepo); igualdad y no discriminación (César Rodríguez); diversidad étnica y cultural (Libardo Ariza); educación (Betsy Perafán) y salud (Everaldo Lamprea).

Buena parte de los debates contemporáneos se refieren a la relación entre la justicia prometida por la Constitución y el papel del mercado en la distribución de bienes sociales. Es claro que en un sistema capitalista como el colombiano el mercado juega un papel fundamental en la economía y que la Constitución establece numerosas protecciones al funcionamiento de los distintos mercados, como explican los capítulos de Hernán Vallejo y de Eleonora Lozano respecto del impacto del diseño institucional constitucional en la economía. También es claro que la distribución de recursos es desigual en Colombia, una de las más desiguales del mundo, y esto presenta un reto enorme tanto para la legitimidad del gobierno como para la garantía del bienestar de los ciudadanos y la forma adecuada de garantizar este bienestar. Sobre este tema se ocupan no solo los capítulos de Vallejo y Lozano, sino también los que abordan el funcionamiento de los mercados desde el punto de vista de los consumidores (Mauricio Rengifo) y que examinan la relación entre regulación económica y derechos económicos, sociales y culturales (Helena Alviar.)

Además de incluir las instituciones que reglamentan y limitan el poder público, y los valores y aspiraciones de justicia, las Constituciones tienen una relación compleja con el ordenamiento jurídico en general. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, incluido el colombiano, consideran que la Constitución es la norma

jurídica de mayor jerarquía y diseñan mecanismos para anular las normas de carácter inferior que le sean contrarias, como, por ejemplo, las leyes, los decretos presidenciales y las ordenanzas municipales. Además, se considera que la actuación de todos los funcionarios públicos debe ser acorde a los valores y principios constitucionales, de modo que sus actuaciones pueden ser investigadas y castigadas por violar la Constitución. De esta manera, todo el ordenamiento jurídico, así como su implementación cotidiana, debe estar impregnado por los valores y principios constitucionales y, además, por sus disposiciones específicas. Sin embargo, esto también hace de los funcionarios públicos, en ejercicio de su discrecionalidad, permanentes intérpretes de la Constitución, labor que cumplen también los jueces –en especial, en su capacidad de juzgar tutelas– y los mismos ciudadanos cuando exigen la protección de sus derechos y la mediación de sus conflictos por la ley.

Constitución y conflicto

Las Constituciones colombianas del siglo XIX sucumbieron una y otra vez a conflictos que no lograron mediar. En Colombia, el siglo XIX trajo numerosas Constituciones y sistemas de gobierno, y cada Constitución reflejaba el triunfo de un partido o facción política, con sus propias convicciones sobre la forma ideal de gobierno. Se trató de un período descrito por Hernando Valencia Villa como de “Cartas de batalla”, donde las Constituciones reflejaban la voluntad de los vencedores. La última Constitución del siglo XIX, la de 1886, reflejó el triunfo del Partido Conservador en alianza con un sector disidente del Partido Liberal, y permaneció por poco más de cien años. Sin embargo, su mismo diseño constitucional permitió su reforma para reflejar los cambios en el equilibrio de los poderes políticos y el surgimiento de nuevos grupos de poder, de modo que, por ejemplo, los liberales estuvieron detrás de importantes reformas en 1910 y en 1936.

La Constitución de 1991 fue adoptada en un momento de gran conflictividad social y de reclamos por una Constitución más moderna, especialmente en rechazo a la violencia generalizada, cuyo origen se veía, en parte, en el diseño institucional. Así se describe en el capítulo de Julieta Lemaitre. Sin embargo, 25 años más tarde, muchos de los problemas de violencia siguen sin resolverse y han surgido nuevos andamiajes institucionales para

responder a las injusticias causadas por la violencia. De ello se ocupan los capítulos de Paula Guerrero (sobre Derecho Internacional Humanitario aplicable a la guerra) y de Farid Benavides (sobre justicia transicional).

La persistencia en el tiempo de la actual Constitución dependerá de su capacidad de adaptarse a los cambios sociales y de ser una Constitución en movimiento, como se titula este libro. En parte, su diseño institucional así lo permite. Como lo explica Antonio Barreto en sus capítulos sobre el diseño de la democracia y de las instituciones colombianas, la Constitución escoge entre diferentes diseños institucionales posibles, pero también lo hace de manera tal que enfatiza la democracia y las modificaciones que vienen por la vía de la participación ciudadana. Además, la Constitución contempla un tribunal constitucional que interpreta permanentemente sus disposiciones, y lo hace en respuesta a las demandas de los ciudadanos, a través de las acciones directas de inconstitucionalidad y de la revisión de la acción de tutela, formas que, si bien no se ven usualmente como democráticas, sí permiten a la Constitución adaptarse a los cambios sociales.

Estos mecanismos de actualización permanente de la Constitución no están exentos de conflicto. En las elecciones, en los debates políticos y en la interpretación de los principios y valores constitucionales surgen enfrentamientos apasionados entre grupos sociales que tienen aspiraciones distintas y encontradas, al punto que consideran a otros grupos sociales como sus enemigos y buscan vencerlos a través de las instituciones que la Constitución provee para ello. En la medida que estos conflictos se canalicen por medio de argumentos, se ven limitados y moderados por la exigencia formal de convencer al que escucha y de refutar lo que arguye el contrincante político. La confrontación dentro del marco constitucional es exitosa, no porque evite el conflicto, sino porque lo canaliza a través de los espacios pacíficos y legítimos que otorga la Constitución misma.

Pedagogía constitucional

Las editoras de este libro consideramos que la enseñanza de la Constitución, y de sus formas y modos de argumentación, son centrales para la construcción de ciudadanía. Brinda un lenguaje común para dirimir el desacuerdo sobre principios y valores, sobre las reglas que distribuyen

el poder y los recursos, y sobre lo que como sociedad consideramos vida buena para todos y, en últimas, sobre el contenido concreto de la justicia y de un gobierno legítimo. La argumentación constitucional parte del reconocimiento: del contrincante, como agente moral capaz de ser persuadido; de la necesidad de convencer, antes que de imponer por la armas los propios puntos de vista; y de la existencia de unos acuerdos compartidos sobre lo que debe ser un sistema de gobierno legítimo.

En desarrollo de esta idea compartida, el presente libro tiene dos tipos de capítulos. Algunos están diseñados para propiciar la argumentación y el debate, como elementos centrales en la construcción de la ciudadanía. Por tanto, se trata de capítulos que presentan problemas sin fácil solución, respecto de los cuales no hay consensos sociales sobre las respuestas correctas. Por ello se pretende dar a los estudiantes herramientas para identificar la posición del autor o la autora del capítulo e identificar su propia posición frente al problema. Si bien todos los capítulos fueron estructurados para propiciar el debate y la discusión, algunos autores enfatizaron en la invitación a los lectores a que tomen posiciones propias ante problemas complejos. Así, Antonio Barreto en ambos capítulos invita a los lectores a “armar” sus propios diseños constitucionales; Beatriz Sánchez los invita a preguntarse por la evolución de los derechos humanos; René Urueña los confronta con la tensión entre libertad y orden; y Helena Alviar llama a tomar una posición sobre el papel que debe tener el Estado en la distribución de recursos.

Las editoras del libro consideramos que el ejercicio de construcción de la ciudadanía, por supuesto, no se agota en la exploración descrita: también requiere un aprendizaje de las instituciones y del vocabulario de la Constitución –a la manera, si se quiere, de una clase de idiomas, donde es imposible expresarse en el idioma político sin conocer el significado de las palabras que se utiliza–. Por eso incluye también un glosario y numerosos ejercicios que invitan al estudiante –y, en especial, al principiante– a adquirir el vocabulario de la ciudadanía.

En su conjunto, el libro está inspirado en la convicción de que el ejercicio de la ciudadanía no parte de la convicción de conocer las únicas respuestas correctas, sino de la capacidad de traducir las propias convicciones en argumentos que hagan referencia a aspiraciones de justicia compartidas y que defiendan los desarrollos

institucionales que los estudiantes consideran que pueden materializar estas aspiraciones de justicia. En el proceso –esperamos–, se harán visibles visiones encontradas de lo que son y deben ser el Estado y la vida en común. En este sentido, lo que brinda este libro es un lenguaje y una serie de preguntas y ejercicios que permiten el ejercicio de la argumentación, como la forma pacífica de expresar el desacuerdo ciudadano y de persuadir tanto a los indecisos como a los contrincantes.

En términos educativos, los capítulos están diseñados para invitar a los estudiantes –y a cualquier otro lector– a asumir un rol activo en su propio proceso de aprendizaje. Es por eso que las preguntas y las actividades propuestas promueven la reflexión y el pensamiento crítico, así como el protagonismo del estudiante en la construcción del conocimiento, a partir de la comprensión y el análisis de diversas problemáticas sociales. Todo esto, como parte de una propuesta pedagógica para la formación ciudadana en la que el ejercicio de la democracia se dé en su dimensión participativa. Se trata, entonces, de verse como un ciudadano capaz de conocer la propia realidad y de transformarla.

Como material docente, este libro contempla también, por un lado, la libertad del profesor de encontrar distintas rutas para enseñar la materia, adaptándose a sus intereses, prioridades y forma de enseñar y a sus conocimientos previos y habilidades de investigación, y, por otro, el trabajo independiente de los alumnos. Por ejemplo, los ejercicios pueden ser planteados como punto de partida para el abordaje de un tema, a medida que se avanza o como cierre; para el trabajo individual o de grupo, dentro o fuera del aula; o pueden ser modificados o actualizados según las necesidades del momento o conforme a las experiencias previas, personales o académicas. También el orden de lectura de los capítulos puede ser alterado, y no es indispensable estudiarlos todos para lograr los objetivos de formación. Es preferible que la guía de lectura la dé el propósito educativo y no el índice del libro. El formato atractivo y ameno pretende ilustrar e invitar a la lectura y al debate, indicando además otras fuentes complementarias, tanto de libros como de videos y sitios de Internet.

Al final del semestre o del año de estudio, el objetivo es que en el grupo se cree una nueva apreciación de la

importancia del debate y el desacuerdo críticos en el ejercicio de la ciudadanía. Esta apreciación pasa, además, por un proceso de autorreconocimiento en el cual los estudiantes descubren sus propias inclinaciones y convicciones políticas y son capaces de cambiarlas en respuesta a nuevos argumentos de sus compañeros; y pasa también por el reconocimiento de sus compañeros como agentes morales, capaces de distinguir el bien del mal, cuyas posiciones políticas, incluso cuando son distintas de las propias, corresponden a razones que se comprenden a través del debate. Se invita así a la ciudadanía, como forma de reconocimiento en medio del desacuerdo, la cual parte de la aceptación de unas reglas y formas de disenter. El reto constante para los docentes es permitir el debate, cuestionar las premisas de los argumentos, señalar sus incoherencias, invitar a hacer explícitos los valores y pensar en las consecuencias de las decisiones colectivas, enseñando así la importancia del debate en la construcción de una sociedad y la trascendencia de la colectividad en el proyecto de vida individual. Por último, el ejercicio invita a los jóvenes a comprenderse no solo mediante su cuestionamiento individual o desde la perspectiva del crecimiento personal, sino como miembros de una colectividad, responsables por ser beneficiarios de una educación universitaria que sigue siendo un privilegio. Con ello, además, contribuimos a fortalecer la refrendación de la Constitución con cada nueva generación que la conoce y que reconoce en ella sus aspiraciones, pero también que la interpela y exige que se adapte a sus nuevos problemas y anhelos.

Agradecimientos

Muchas personas participaron en la elaboración de este libro. Las editoras extienden un agradecimiento especial a los autores y autoras, así como a las personas que trabajaron con dedicación y convicción desde el equipo editorial en distintos momentos de este libro: Sandra Ducon, Laura Guevara, Magnolia Prada, Paula Guerrero y Andrea Aguirre. También a los pares revisores que dieron una lectura cuidadosa y profesional al libro. Julieta Lemaitre agradece además al grupo de monitores y estudiantes que participaron en el piloto de este libro como material docente en el primer semestre de 2014, en particular a Valentina Acosta, y a Aníbal Yamhure y Hernán Ramírez, por su asistencia de investigación en diferentes momentos del proyecto.

Introducción pedagógica

Betsy Perafán Liévano

Instrucciones de uso de los instrumentos pedagógicos de esta obra

El curso de Constitución y democracia tiene como propósito la formación de una ciudadanía responsable y crítica, a partir del conocimiento básico del marco constitucional y el sistema de derechos contenido en él. Así, se espera formar un estudiante conocedor y cuestionador del sistema normativo básico que rige a la sociedad en relación con la estructura del Estado, el sistema de derechos y sus mecanismos de protección. Todo lo anterior, con el fin de que esté en capacidad de participar activamente en la sociedad para contribuir de manera ética en la resolución de los problemas que atañen a todos. Se espera entonces que el estudiante:

1. Comprenda y cuestione la estructura del Estado y sus funciones básicas, de manera que pueda establecer la forma en que el Estado protege los derechos constitucionales. En este sentido, se busca que los estudiantes puedan identificar escenarios de tensiones institucionales y relacionarlos con los hechos cotidianos.
2. Aplique los derechos constitucionales, y no solo que los identifique (conocer), sino que los pueda describir, explicar, ejemplificar y distinguir (comprender), al punto de relacionarlos con la vida, usarlos y solucionar problemas sociales.
3. Analice el valor de la democracia como procedimiento de construcción de consensos y medio de protección y goce de los derechos constitucionales y, en relación con ello, comprenda los principios del proceso democrático y el significado de poder participar en los procesos de toma de decisiones.

Estructurada en tres módulos correspondientes a cada objetivo, la organización del curso es la siguiente:

Pasos/Módulos	I. Estructura del Estado	II. Derechos fundamentales	III. Derechos económicos, sociales y culturales y mecanismos
1. Objetivos	Verse como ciudadano en un Estado democrático	Reconocerse y reconocer a los otros como sujetos de derechos	Participar activa y colectivamente en la transformación de la realidad social
2. Comprensiones necesarias	■ Reconocer la estructura del Estado que hace posible la democracia ■ Identificar prácticas democráticas ■ Detectar amenazas a la democracia	■ Distinguir los derechos fundamentales y sus límites ■ Identificar tensiones entre los derechos ■ Detectar amenazas a los derechos	■ Reconocer un Estado Social de Derecho ■ Identificar los derechos sociales, económicos y culturales ■ Aprender a usar los mecanismos de protección y de participación
3. Indagaciones	¿Cuáles son los factores o las condiciones para que haya (o no) una verdadera democracia?	¿Qué significa la dignidad humana?	¿Qué problemas sociales aquejan al país, cuáles son sus causas y cómo podemos solucionarlos?

Para lograr cumplir los objetivos, varios profesores de las Facultades de Derecho, Economía y Ciencias Políticas de la Universidad de los Andes elaboraron la presente publicación, que es innovadora en su creación y estructura. Cada capítulo plantea al inicio objetivos particulares, coherentes con los propósitos generales. A continuación se darán sugerencias para su uso.

Hoy día las propuestas pedagógicas insisten en la necesidad de dar mayor protagonismo al estudiante en su propio proceso de aprendizaje¹, especialmente mediante el abordaje de problemas que motiven y activen su conocimiento². En el ámbito universitario, frente a una materia obligatoria³ que aparenta ser ajena a sus intereses profesionales, resulta adecuado proponer lecturas que los estudiantes sientan cercanas a su realidad personal y social y, en un futuro, a su vida laboral.

El curso entonces se apoya en la metodología de cátedra activa, la cual se ha fundamentado en la realización de talleres a partir de la discusión de documentos preparados especialmente para el curso, de lectura obligatoria antes de cada sesión. La estructura de los capítulos es común a todas las secciones que se ofrecen y los contenidos

mínimos de cada tema se han coordinado con antelación. Lo anterior con el fin de ofrecer, a partir de un mismo referente, distintas alternativas de comprensión de los fenómenos objeto del curso y, así, generar oportunidades para que, en otros escenarios, sean posibles diversas aproximaciones a los temas de la sociedad colombiana.

Los profesores que dan esta materia se encuentran ante una publicación que puede ser usada de diversas maneras, según los intereses y propósitos particulares de cada educador (y su lectura puede ser un requisito previo a la clase o posterior a la presentación de un problema complejo, por ejemplo). El mínimo común es el marco constructivista⁴ que encierra el libro. Es decir, los capítulos incentivan la comprensión y el desarrollo del pensamiento analítico, crítico y creativo de los estudiantes y no la memorización de los contenidos, sobre todo si no les encuentran sentido.

De esta manera, las distintas actividades que se proponen buscan promover la capacidad analítica del estudiante (por ejemplo, al distinguir las distintas tensiones contenidas en los temas), la habilidad para proponer soluciones en escenarios complejos y la destreza para aplicar a situaciones concretas conocimientos teóricos (aunque básicos).

1 Fernando López, *Metodología participativa en la enseñanza universitaria* (Madrid: Narcea, 2005).

2 Ken Bain, *Lo que hacen los mejores profesores de universidad* (Universidad de Valencia, 2007).

3 Constitución Política de Colombia (art. 67).

4 César Coll et al., *El constructivismo en el aula* (Barcelona: Graó, 2007).

Tema	Lecturas
Introducción a la Constitución y a la democracia	- El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta “a la presente crisis” - El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar
Ramas Legislativa y Ejecutiva	- El Congreso de Colombia y la democracia: caracterización de una institución en crisis - La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva
Rama Judicial y Órganos de Control	- Justicia: ¿derecho o privilegio? - El andamiaje del Estado colombiano: fichas y modelos para armar
Derecho a la vida	- Desmontando los derechos fundamentales - Los significados del derecho a la vida
Libertad y libre desarrollo de la personalidad	¿Libertad y orden? Los límites a la libertad como forma de organización de la democracia - El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad
Libertad personal y debido proceso	- La libertad personal - El debido proceso
Derecho a la igualdad	El derecho a la igualdad y a no ser discriminado
Estado Social de Derecho	- Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar - La distribución de los recursos y la función del Estado
Derecho a la salud	El núcleo esencial del derecho a la salud
Multiculturalismo	Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia
Más allá de los mecanismos de protección	- La justicia transicional y la responsabilidad por las atrocidades del pasado - Derecho Internacional Humanitario: logros y retos - La educación: protectora de otros derechos
Mecanismos de participación	- La participación ciudadana y el sistema de representación democrática - El ciudadano en el mercado: una introducción al derecho del consumo
Constitución, democracia y economía	- Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991 - Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991

Incluso, esta publicación es útil si se opta por una modalidad virtual o semipresencial⁵. En este último caso, la integración de ambientes ofrece flexibilidad para el manejo de los espacios, tiempos y recursos destinados al aprendizaje y se constituye en un apoyo para el trabajo

independiente del estudiante y para que llegue mejor preparado a las sesiones presenciales.

La tabla anterior relaciona los temas del curso con los capítulos de la obra. Cabe aclarar que la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes participa en esta materia, coordinando dos semanas de clases.

De otra parte, cada capítulo contiene diversas actividades que responden a uno o varios propósitos. En primer lugar están las tareas de *investigación*, que pretenden promover el aprendizaje por cuenta propia; en segundo

⁵ Barbara Ross y Karen Gage, “Global perspectives on blended learning: Insight from WebCT and our customers in higher education”, en Curtis Bonk y Charles R. Graham (eds.), *Handbook of blended learning: Global perspectives, local designs* (San Francisco: Pfeiffer, 2006), 155-168.

lugar, hay ejercicios de *reflexión* para contribuir al conocimiento de sí mismo; y, finalmente, se proponen trabajos para *discutir* cuyo objetivo es el desarrollo del pensamiento crítico.

Dependerá de cada profesor decidir cuáles de esas actividades pedirá a sus estudiantes y en qué momentos o de qué maneras. Por ejemplo, podría dejar algunas para talleres en clase, otras como tareas virtuales, otras para exámenes o como trabajo final. También definirá si son actividades individuales o grupales⁶. Por su puesto, queda a discreción del docente realizar las variaciones que considere pertinentes a las instrucciones de dichos ejercicios, pero se sugiere buscar siempre una evaluación auténtica⁷, es decir, que prepare a los estudiantes para retos de la vida real y no solo para aprobar exámenes.

Esperamos que esta propuesta enriquezca el trabajo de los docentes tanto en la enseñanza media como en la superior. La publicación también podrían consultarla directamente los estudiantes y el público en general, ya que los capítulos fueron escritos usando en lo posible un lenguaje común y poco técnico y recurriendo a situaciones cercanas a la realidad de cualquier ciudadano.

Referencias bibliográficas

Bain, Ken. *Lo que hacen los mejores profesores de universidad*. Universidad de Valencia, 2007.

Centro de Investigación y Formación en Educación (CIFE). *Guía para la evaluación de cursos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

Coll, César et al. *El constructivismo en el aula*. Barcelona: Graó, 2007.

Fuentes, Patricio et al. *Técnicas de trabajo individual y de grupo en el aula. De la teoría a la práctica*. Madrid: Pirámide, 1997.

López, Fernando. *Metodología participativa en la enseñanza universitaria*. Madrid: Narcea, 2005.

Ross, Barbara y Karen Gage. "Global perspectives on blended learning: Insight from WebCT and our customers in higher education". En Curtis J. Bonk y Charles R. Graham (eds.), *Handbook of blended learning: Global perspectives, local designs*. San Francisco: Pfeiffer, 2006, 155-168.

⁶ Patricio Fuentes et al., *Técnicas de trabajo individual y de grupo en el aula. De la teoría a la práctica* (Madrid: Pirámide, 1997).

⁷ Centro de Investigación y Formación en Educación (CIFE), *Guía para la evaluación de cursos* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2010).

Parte 1

Sección 1

Preguntas fundacionales: los debates
del diseño institucional

Sección 2

Las instituciones de la democracia

Sección 3

Vida y libertad

El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a “la presente crisis”

Julieta Lemaitre Ripoll

violencia *Asamblea Nacional*
Séptima Papeleta *Constituyente*
Constitución de 1991



Objetivos de aprendizaje

- Reconocer la secuencia de hechos históricos que llevó a la adopción de la Constitución de 1991.
- Comprender los anhelos de transformación institucional que motivaron el apoyo al cambio constitucional.
- Conocer cuáles fueron las principales novedades de la Constitución del 1991.
- Identificar algunos de los principales debates en torno a la adopción de la Constitución de 1991.



Guía de estudio

En este texto introductorio a la obra se estudia cómo y por qué la Corte Suprema de Justicia relacionó la reforma institucional con la violencia de la época, si era esta una apreciación generalizada, qué giro le dio la Corte Constitucional a la interpretación constitucional, cuál fue el aporte de la Constitución de 1991 a la paz y cuáles fueron las principales transformaciones institucionales.

Introducción

A pesar de la persistencia del conflicto armado en Colombia, es difícil recordar la violencia de los años ochenta y el impacto que tuvo en la conciencia nacional. En los tres años y cinco meses comprendidos entre la posesión del presidente Virgilio Barco, entre agosto de 1986 y mayo de 1990, cuando se llamó a elecciones para el período siguiente, explotaron 19 carros bomba que dejaron unas 300 víctimas, 250 policías fueron asesinados por sicarios, se registraron 125 atentados de las guerrillas contra el oleoducto Caño Limón-Coveñas, fueron asesinados cuatro candidatos presidenciales y miles de militantes del partido de izquierda Unión Patriótica¹. Año tras año, mes tras mes, transcurrió una serie al parecer interminable de asesinatos de políticos, policías, jueces, periodistas, defensores de derechos humanos y ciudadanos de a pie. Una parte de la violencia provenía del enfrentamiento entre el Estado y las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento 19 de Abril (M-19), así como de otros grupos más pequeños. Pero el principal causante de la ola de crímenes fue el Cartel de Medellín, al mando de Pablo Escobar, que asesinaba de forma deliberada a personas que se oponían a sus intereses y de forma indiscriminada a través de acciones terroristas. Con la consigna “mejor una tumba en Colombia que una cárcel en Estados Unidos” se oponía violentamente a la extradición de colombianos con procesos por narcotráfico en tribunales estadounidenses. Un popular análisis académico publicado en 1990 resumió la situación de esa época en su título *Al filo del caos*².

El aumento de la violencia encontró al Estado desarmado, no solamente por la falta de fuerza militar, sino por la fragilidad institucional. Una de las mayores debilidades radicaba en que la reforma de 1987 al sistema penal no preveía un período de transición, de manera que entre el desmonte del anterior sistema de investigación y juicio de delitos y la instalación del nuevo sistema, durante 18 meses no hubo instituciones encargadas de investigarlos³. Según datos oficiales publicados por *El Tiempo*, en agosto de 1990 había 1.200.000 investigaciones abiertas para el mismo número de delitos, sin que hubiera una sola persona detenida por los hechos. El grado de impunidad era especialmente agudo en la jurisdicción de orden público, que debía investigar los delitos relacionados con la rebelión, el terrorismo y el tráfico de drogas. Allí solo 60 jueces tenían a su cargo cerca de diez mil investigaciones y de 2.000 procesos de extinción de dominio de bienes de narcotraficantes ni uno había llegado a juicio⁴.

Durante la campaña electoral para los comicios de 1990, cuatro candidatos presidenciales fueron asesinados por sicarios. Jaime Pardo Leal, en octubre de 1987, y Bernardo Jaramillo, en marzo de 1990, pertenecían a la Unión Patriótica (UP), partido que surgió de los Acuerdos de La Uribe⁵ suscritos entre el gobierno de Belisario Betancur

1 Luis Cañón Moreno, “Narcodialogos, doble juego mortal”. *El Tiempo*, 6-8-1991.

2 Francisco Leal y León Zamosc, *Al filo del caos: Crisis política en la Colombia de los años 80* (Bogotá: Tercer Mundo, Universidad Nacional, 1990).

3 Rafael Pardo, *De primera mano: Colombia 1986-1994, entre conflictos y esperanzas* (Bogotá: Norma, 1996), 51-52.

4 Cañón, “Narcodialogos”.

5 “Acuerdos del cese al fuego entre 1984 y 1986 con las FARC, el M-19, el EPL y la ADO”. *VerdadAbierta.co*, 12-11-2012.

(1982-1986) y las FARC, como una alianza electoral del Partido Comunista y un ala guerrillera en proceso de desmovilización. Sin embargo, al terminar la década, la UP trataba con poco éxito de distanciarse de las FARC y del estigma que justificaba el asesinato de sus militantes. En abril de 1990 fue asesinado el carismático Carlos Pizarro, que lideró en 1990 la desmovilización y conversión del M-19 en el partido Alianza Democrática M-19. Luis Carlos Galán, candidato del Nuevo Liberalismo, dirigente de enorme popularidad que, según analistas, era seguro ganador de las elecciones, fue acribillado en agosto de 1989. De los asesinatos de Pardo, Jaramillo y Pizarro se responsabilizó a la campaña contrainsurgente de grupos paramilitares con vínculos con los carteles de la droga. El crimen de Galán fue ordenado por Pablo Escobar, en alianza con Alberto Santofimio, quien fue sentenciado a 24 años de prisión como coautor intelectual⁶.

La muerte de estos hombres, en especial el asesinato de Galán, dio pie a una gran movilización ciudadana que, con una gran visibilidad de los estudiantes universitarios, pidió la reforma institucional como el camino para poner fin a la violencia. Así, las elecciones de 1990 fueron el escenario para materializar el anhelo de cambio y paz a través del llamado a una nueva Constitución: la Constitución de 1991. César Gaviria, jefe de debate de la campaña de Galán, devino en heredero de su candidatura y en candidato oficial del Partido Liberal y luego ganador de las elecciones. Cuatro meses después de posesionarse como presidente, convocó a la Asamblea Nacional Constituyente que se instaló en marzo de 1991 y el 4 de julio siguiente promulgó la nueva Carta política de Colombia.

Este capítulo describe la secuencia de hechos que llevó a la adopción de la Constitución de 1991, las aspiraciones de transformación institucional que sustentaron el apoyo mayoritario al cambio constitucional y los principales debates e innovaciones de la Constitución de 1991.

En línea: <http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/4292-acuerdos-del-cese-al-fuego-entre-1984-y-1986-con-las-farc-el-m-19-el-epl-y-la-ado>

6 Véanse: "Condenado Alberto Santofimio a 24 años de cárcel por el asesinato de Luis Carlos Galán". *Semana*, On Line, 11-10-2007; y "Santofimio se distanció de actos públicos ante inminencia de la condena". *El Tiempo*, 3-9-2011. En línea, respectivamente: <http://www.semana.com/on-line/articulo/condenado-alberto-santofimio-24-anos-carcel-asesinato-luis-carlos-galan/88699-3>; <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10286427>

Actividad 1

Para investigar

En Colombia persiste la violencia. Investiguen en la prensa y comparen la situación actual con la de finales de la década de los ochenta, descrita en este capítulo. ¿En qué se parecen y en qué se diferencian las causas y las manifestaciones de violencia ayer y hoy?

La paradoja colombiana

La Constitución de 1991 está enraizada tanto en la violencia colombiana del siglo XX, que se derrama hacia el XXI, como en las instituciones democráticas que tantos embates han soportado. Ese doble origen refleja la "paradoja colombiana": la tensión entre la persistencia de las armas y de las leyes como medios para ordenar la sociedad, dirimir los conflictos y generar grandes transformaciones. Así, por un lado, el país tiene una larga trayectoria de violencia social y política, planteada por sus protagonistas como una forma de reordenar la sociedad o como una forma de defender el orden social en peligro. Por otro lado, marcando la paradoja, se evidencia una trayectoria importante de apego a la ley y a las instituciones más o menos legítimas. Se ha planteado una y otra vez en Colombia que no es la violencia, sino el derecho, la forma correcta de plantear grandes cambios sociales, así como la forma correcta de mantener las tradiciones y jerarquías del pasado. Sin embargo, este llamado no ha puesto fin al recurso a la violencia política.

La reforma constitucional y la adopción de nuevas constituciones han sido centrales para las aspiraciones políticas de transformación o de defensa de instituciones y valores. La Constitución de 1886, que rigió hasta que se promulgó la actual en 1991, consagró el proyecto político de La Regeneración e instauró una concepción del Estado y de la sociedad profundamente católica y en muchos sentidos autoritaria, triunfando sobre propuestas contrarias, consideradas revolucionarias, en particular de liberales radicales que propugnaban por instituciones igualitarias y el desmonte de poderes establecidos, como el de la Iglesia Católica. Otras visiones de país se plasmaron en las grandes reformas constitucionales de 1910 (liberal), 1936 (liberal de izquierda), la fallida de

1948 (de corte fascista) y la de 1957, que consagró el voto femenino y prohibió a futuro la reforma constitucional. Así, a menudo se ha dicho que Colombia, a pesar de la violencia, ha sido un país apegado a la ley y las formas jurídicas y que el formalismo de la cultura legal reflejaba la importancia nacional de la ley.

La Constitución del 1991 es, desde su origen, afín a esta “paradoja colombiana”. La reforma institucional se entendió como reacción a un período de recrudecida violencia a través del cambio de unas instituciones consideradas como causa de la crisis. Por ejemplo, mientras de una parte se argumentaba que la crisis de violencia se debía al recorte de las libertades ciudadanas, la ineficiencia del aparato de justicia y la corrupción en el Congreso y la Fuerza Pública, de otra también se atribuía la crisis a una administración del Estado anticuada, poco eficiente y poco eficaz, amarrada a un diseño institucional que databa de 1886.

Los reclamos de reforma institucional y la necesidad de disminuir la violencia hicieron eco en el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990). Este impulsó una reforma constitucional modernizante por la vía del Congreso, al tiempo que adelantaba negociaciones de paz con algunas organizaciones guerrilleras, a las que veía abocadas a disolverse en el contexto del fin de la Guerra Fría. A su vez, declaró “la guerra al narcotráfico” persiguiendo a sus jefes con fines de extradición a los Estados Unidos.

Pero el proyecto de reforma constitucional del gobierno, que había sido aprobado en primera vuelta en el Congreso, cambió de curso el 30 de noviembre de 1989 cuando 22 representantes de la Comisión Primera de la Cámara promovieron la inclusión de un párrafo en el que se prohibía la extradición para colombianos acusados de narcotráfico. La extradición estaba en el centro de la espiral de violencia y el gobierno blandía como su principal arma contra los narcotraficantes, por lo cual se retiró el proyecto, que acabó por hundirse en el Senado. Sobrevino entonces una crisis en las cúpulas de los partidos que condujo al gobierno a admitir que por la vía legislativa no podía lograr la modernización, ni incluir la posibilidad de participación en política del M-19 para sellar el proceso de paz con esta guerrilla. Y aunque el M-19 siguió el proceso de paz sin esta posibilidad, permanecía en el aire el llamado a la reforma constitucional. Caído el proyecto de

reforma, tanto el gobierno del presidente Barco como los medios masivos de comunicación apoyaron la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Pocos podrían imaginar entonces que la inclusión de la extradición y el retiro de la reforma del Congreso detonarían la transformación del país, legitimarían las maltrechas instituciones y permitirían la entrega de algunos de los grandes capos del narcotráfico y la desmovilización de varios grupos guerrilleros. Sin embargo, así fue. En adelante, el gobierno de Barco, y el de su sucesor, César Gaviria, apoyarían la Asamblea Constituyente como la única forma de cambiar la constitución. Además, a la sombra de este proceso se entregaría Pablo Escobar, se desmantelaría su organización criminal, se concretarían los acuerdos de paz con el EPL y los grupos armados minoritarios Quintín Lame y Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT).

Esta introducción evoca algunos de los episodios previos a la promulgación de la nueva Carta política, en el intento de responder a las siguientes preguntas: ¿de dónde venía la idea de que una reforma constitucional era la solución a la crisis de violencia de finales de los años ochenta?, ¿cuáles fueron los principales cambios que generó la Constitución de 1991 en la institucionalidad vigente?, ¿cómo respondían estos a los anhelos de paz?

La reforma institucional como fin de “la presente crisis”

La situación era de crisis. En 1990, el Estado afrontaba enormes dificultades tanto para mantener el orden público como para cumplir con las promesas mínimas de bienestar y respeto de los derechos humanos, propias de una democracia liberal. La violencia parecía desbordarlo poniendo en evidencia su debilidad y su falta de legitimidad: el Estado parecía arrinconado por el poder de un narcotráfico que usaba el terrorismo para presionar por la no extradición, de unas guerrillas fortalecidas y de una creciente violencia paramilitar.

La compleja situación del país era juzgada por lo menos de dos formas: para un sector, generalmente conservador, el problema se debía a la debilidad del Estado, incapaz de cumplir la tarea básica de mantener el orden público. Se requería un Estado fuerte, como el que se intentó imponer con el Frente Nacional al terminar el

período de violencia partidista de fines de los años cuarenta y comienzos de los cincuenta, acorde con la Constitución de 1886. Este “Estado fuerte” conllevaba el poder del ejecutivo para imponer un amplio rango de medidas de control de orden público y de hacerlo, en especial, a través de los poderes presidenciales bajo los estados de excepción: el llamado estado de sitio. Así se había gobernado en Colombia con decretos legislativos que en principio eran excepcionales, pero en la práctica eran cotidianos, que restringían las libertades públicas y la posibilidad de hacer oposición política⁷. Para algunos sectores esta era la forma de fortalecer al Estado y solucionar los problemas de Colombia.

Para otro sector, generalmente liberal, el problema radicaba en la poca voluntad para ejercer la defensa de los derechos humanos. Esta debilidad se manifestaba en tres aspectos: el primero era el autoritarismo y el abuso del poder, el segundo era la corrupción en distintos niveles, pero en especial en el deslegitimado Congreso de la República⁸. El tercer problema era la pobreza y las desigualdades que la generaban⁹, descritas a menudo como las causas objetivas de la violencia, según las cuales la injusticia distributiva llevaba a la violencia social. Así, se argumentaba que la marginalidad de las barriadas populares y el abandono y pobreza rural eran fermento para las violencias criminal e insurgente, y la solución la defensa de los derechos para limitar los abusos, sanear la corrupción y aliviar la pobreza extrema.

Para un tercer sector, generalmente de izquierda, además de la pobreza (en lo que coincidían con los liberales), el problema era la falta de democracia¹⁰. Se trata-

ba de un régimen cerrado de alternancia de liberales y conservadores en el poder, resultado del pacto del Frente Nacional suscrito entre las dos colectividades para poner fin a La Violencia de mediados del siglo xx. Este, se decía, había cerrado la puerta a terceras fuerzas políticas y a la oposición y, por tanto, había empujado a sectores de la izquierda a tomar las armas. Con el Frente Nacional, el Estado se había deslegitimado al convertirse en el botín de los dos partidos tradicionales, eliminando la neutralidad requerida de una democracia.

La reforma institucional era importante para todos los sectores. Es cierto que para quienes pensaban que el problema era la debilidad del Estado, parte de la solución era una mayor inversión en la Fuerza Pública, lo cual no requería una reforma constitucional; pero como también consideraban que era necesario fortalecer el aparato de investigación judicial e introducir modificaciones en el sistema penal para combatir la criminalidad, se requería la reforma del Estado. Por su parte, los que atribuían el origen de la crisis al abuso de poder, la corrupción y la pobreza creían que una reforma del Estado debería hacerlo mejor garante de los derechos, con lo que recuperaría su legitimidad y gobernabilidad y, en términos weberianos, podría mantener el monopolio de la violencia legítima¹¹. Por último, quienes pensaban que el problema también radicaba en la falta de democracia propendían por reformas institucionales que permitieran la elección popular de funcionarios y la participación electoral de terceras fuerzas políticas.

Hacía tiempo que se debatía la necesidad de estas reformas, pero a finales de los años ochenta se generalizó la idea de que, además de legitimar y modernizar al Estado, ellas eran requisito para conjurar la violencia. Triunfó la tesis de las causas objetivas, así que pobreza, corrupción y falta de democracia eran producto de las deficientes instituciones, y también eran causantes de la violencia. El entusiasmo por la reforma constitucional estuvo liderado por un movimiento estudiantil que, si bien duró poco, galvanizó a los votantes por lo menos en dos elecciones: las de marzo de 1990, con la llamada Séptima Papeleta, y

7 El estado de sitio surgía de la declaratoria de emergencia que hacía el Ejecutivo por una situación grave de orden público interno. Le daba al presidente y sus ministros la potestad de emitir decretos que suspendieran las leyes vigentes y los derechos ciudadanos. Su control de constitucionalidad era de forma, pero no de fondo.

8 Para estudiar la formación, la función y las problemáticas del Congreso de la República, véase en este libro el capítulo 7 “El Congreso de Colombia: caracterización de una institución en crisis”, por Andrea Celemín Caicedo.

9 Este tema se aborda en este libro, respectivamente, en los capítulos 3 y 17: “La distribución de los recursos y la función del Estado” por Helena Alviar García, y “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por la misma autora.

10 Sobre la democracia, sus problemas y sus instituciones, véanse en este libro, respectivamente, los capítulos 2 y 5: “El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar”, por Antonio Barreto

Rozo, y “El andamiaje del Estado colombiano: fichas y modelos para armar”, por el mismo autor.

11 Weber planteó que el Estado se define como aquella organización que tiene el monopolio del uso de la fuerza o de la violencia legítima.

las presidenciales de mayo del mismo año, donde todos los candidatos apoyaban el “Sí” de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

La Séptima Papeleta y el voto por el Sí

El movimiento estudiantil de 1989 tuvo origen en la Marcha del Silencio organizada por estudiantes de varias universidades públicas y privadas de Bogotá, la cual congregó el 25 de agosto a miles en protesta por el asesinato de Galán. De allí salió un grupo de jóvenes que, en medio de sus diferencias, acordó impulsar una reforma institucional que facilitara una salida a la crisis. La propuesta pronto creció y se extendió a otras ciudades, universidades y colegios, hasta concretarse en la campaña por la Séptima Papeleta, como se llamó al voto para definir si se convocaba una asamblea para reformar la Constitución.

La Séptima Papeleta se llamaba así porque literalmente lo era. El voto en las elecciones de marzo requería que los ciudadanos llevaran a las urnas papeletas con su voto para cada elección. Había seis elecciones: de alcalde, de concejales, consulta de Partido Liberal, de diputados, de senadores y de representantes a la Cámara. Eran elecciones que se acercaban en medio de una enorme falta de legitimidad del Estado, en particular del Congreso. Incluso, circuló la propuesta a los ciudadanos –hecha no por grupos radicales de izquierda, sino por el periódico *El Espectador*– de

rehusarse de forma masiva a votar en las elecciones al Congreso en protesta contra la corrupción imperante.

El 6 de febrero de 1990, Fernando Carrillo, joven profesor de derecho de varias universidades, y muy cercano a un ala del movimiento estudiantil en Bogotá, propuso que los votantes incluyeran en las urnas una séptima papeleta de convocatoria a la Constituyente. La idea fue recogida y ampliada por los medios liberales y, en la base, por un movimiento estudiantil espontáneo. Y pronto, estudiantes de todo el país, de universidades privadas y públicas, así como muchos estudiantes de bachillerato, promovían el voto por la Séptima Papeleta.

Nunca se sabrá cuántas séptimas papeletas se depositaron en las elecciones de marzo de 1990. La Registraduría Nacional del Estado Civil las recogió, pero no las escrutó, porque no tenía mandato legal para contabilizarlas. Como suelen hacer con los votos, después de determinado período, las incineraron. Sin embargo, los estudiantes apostaron vigilantes voluntarios en los sitios de votación que llevaban la cuenta y reportaban telefónicamente a una central que establecieron en Bogotá. Al final de la jornada, el resultado fue 1.342.000 votos por la Asamblea Nacional Constituyente, número que, ante la ausencia de una cifra oficial, fue reproducido por los medios de comunicación. La aparente alta votación de la Séptima Papeleta, así como el visible entusiasmo y apoyo, especialmente juvenil, se convirtieron en un hecho político amplificado por la prensa nacional y prontamente utilizado por los políticos. El gobierno de Barco se mostró interesado en la nueva posibilidad de una reforma constitucional por esa vía¹². Además, casi todos los candidatos presidenciales se pronunciaron a favor.

En muchos círculos de poder la reforma constitucional aparecía como la “idea sin enemigos”. Se aspiraba a una reorganización del Estado que inaugurara una paz basada en el respeto de los derechos humanos y eliminara los focos de corrupción. La prensa liberal apoyó desde el comienzo al movimiento estudiantil y su propuesta de reforma constitucional, y también círculos adeptos



Héctor Daniel Osuna Gil.

¹² Barco había sido el primero en hablar de un plebiscito para reformar la Constitución. Lo había propuesto en 1988, pero había desistido ante la oposición de los conservadores que acordaron apoyar la reforma de Barco en el Congreso si no llamaba a plebiscito. El acuerdo con los conservadores fue declarado inconstitucional por el Consejo de Estado.



© Publicaciones Semana S.A. - Patricia Rincón.

Recuadro 1

El movimiento estudiantil de 1989 y la Séptima Papeleta

A principios de 1989, el país no esperaba mucho de sus estudiantes, una generación apática e indolente. No tenían espíritu de grupo, no estaban organizados, no les interesaba la política. En las universidades privadas los jóvenes eran orientados hacia un futuro en el cual se harían ciertas las fantasías individuales y familiares de ascenso social; en las públicas, a pesar de su aura de revoltosos, la mayo-

ría de estudiantes también eran apáticos a la política. En la universidad pública era más clara la presencia de grupos pequeños de izquierda, algunos muy radicalizados y simpatizantes o militantes en la izquierda armada, protagonistas del eventual “tropol” o enfrentamiento con la Policía. Pero no había movimientos que agruparan a grupos grandes de estudiantes. No había ninguna organización que los representara, no había movilización masiva ni politización a gran escala, ni la sospecha o esperanza de que eso fuera posible. No era solo falta de iniciativa: eran años difíciles para ser joven. La infancia feliz de unos años setenta prósperos y en relativa paz se estrelló contra una violencia que tocaba a todos directamente.

Además del peso de esos hechos, desde 1985, cuando ardió el Palacio de Justicia, era difícil imaginarse un país posible con espacio para todos. De muchas formas se estaba apenas barriendo las cenizas del Palacio; esperando que se enfriaran los escombros, que dejaran de humear. Y para la mayoría de los estudiantes no había sueño que reemplazara la utopía de la generación anterior. Los títulos de los libros más importantes sobre la década de los ochenta eran la confirmación de la desesperanza: por ejemplo, *Al filo del caos*; *Al borde del abismo* e, incluso, *En qué momento se jodió Colombia*.

Era además difícil de imaginar una solución política a la violencia cotidiana. De muchas formas el país resultaba entonces incomprensible, y ya no había un futuro claro al cual apostarle. En lugar de soñadores, a finales de los años ochenta los estudiantes en su mayoría eran espectadores impotentes y silenciosos de un panorama nacional protagonizado por la desesperanza. La vida transcurría entonces entre las diversiones usuales de los adolescentes, el estudio y el deporte, las aventuras con las drogas y el alcohol, y el acercamiento más bien tímido al sexo y al rock en español.

Hasta que Pablo Escobar mató a Luis Carlos Galán y, sin previo aviso, los estudiantes, sobre todo los apáticos de las universidades privadas, salieron por un momento de su estupor y lideraron una marcha estudiantil de luto que conmovió a Bogotá, quizá incluso al país. De esa marcha surgió el movimiento estudiantil de 1989, el más grande e incluyente que se recuerde y que ha visto el país desde entonces.

En él militaron miles de estudiantes de universidades y colegios de las grandes ciudades del país; se pusieron *jeans* y la camiseta blanca para pedir el voto por la Séptima Papeleta en las elecciones de marzo, escrito si era el caso, a mano. Y luego siguieron marchando, haciendo rifas y tómbolas y reuniones para promover que de nuevo se votara por la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en mayo, alimentando la pasión por una idea que ese año y el siguiente consumió al país: la idea de que con una reforma constitucional sí “habría futuro”, como prometía Gaviria, o que la constituyente era “el camino” que nos sacaría de la desesperanza*.

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

Actividad 2

Para reflexionar

Sitúese dentro de 25 años como lector de un libro de Constitución y Democracia y redacte un texto que describa el estado del movimiento estudiantil de hoy, comenzando así: “A finales de (este año) los estudiantes de las universidades públicas y privadas del país, como los estudiantes de los años 80 que impulsaron la Séptima Papeleta...” Luego recurra a su imaginación y describa una posible movilización estudiantil por el cambio social. ¿Qué podría motivar a los estudiantes hoy como motivó la Séptima Papeleta a los estudiantes de los años 80? Explique en su relato imaginario las causas políticas, económicas y sociales de la hipotética movilización y compárela con la de los años 80.

al gobierno liberal, que la veían como la única manera de modernizar y sanear al Estado y dotarlo de legitimidad y gobernabilidad. A nivel internacional, el ambiente favorecía la idea, pues en América Latina soplaban aires reformistas, aunque enfocados en grandes ajustes institucionales para el desarrollo económico (véase Recuadro 2, sobre el Consenso de Washington, p. 18).

La reforma de la Constitución recibía además el apoyo de diversos círculos de izquierda que buscaban hacer política electoral. Ello era cierto en las guerrillas: el M-19 había planteado una reforma constitucional, llamándola “el gran diálogo nacional”, y tanto el EPL como las FARC en diversas ocasiones habían propuesto la necesidad de una Asamblea Nacional Constituyente para la paz. Pero la guerrilla no era el único sector de izquierda interesado en la Constituyente. También lo estuvo, y desde muy temprano en la movilización estudiantil, la izquierda democrática. Se trataba de algunos desmovilizados de las FARC que militaban en la Unión Patriótica; los sindicatos; los centros de estudio de intelectuales de izquierda, y algunas personas y grupos más radicales pero también desarmadas. Para ellos la propuesta de reforma constitucional interpretaba sus propias aspiraciones por alcanzar un nuevo pacto social que legitimara su acción política y les ofreciera opciones reales de llegar al poder.

Transcurridas las elecciones para Congreso de marzo y superada la Séptima Papeleta, la siguiente cuestión a

resolver era si simultáneamente con las elecciones presidenciales de mayo se podría preguntar a la ciudadanía, ahora de manera formal, si apoyaba o no la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Una de las mayores dificultades estaba en precisar si, al avalar esta consulta, el gobierno incurría en ilegalidad, ya que, según la Constitución, solo el Congreso podría reformarla¹³.

El gobierno de Barco se arriesgó y convocó la consulta, apelando a los poderes extraordinarios que le confería el estado de sitio, en razón de la crisis de violencia. Por primera vez se emitió un tarjetón único para todo el país, distribuido oficialmente, que incluía la opción de votar SÍ o NO a la Asamblea Nacional Constituyente¹⁴ y se autorizó a la Registraduría para escrutar los votos. Pero había riesgo de que la Corte Suprema, en ejercicio de su función de control de constitucionalidad, declarara inexecutable el decreto, es decir, lo tumbara, si encontraba que su finalidad no tenía relación directa con la violencia terrorista, razón por la cual se habían otorgado poderes de estado de sitio.

Mientras tanto, la violencia continuaba, tanto la proveniente del conflicto armado con las guerrillas como, y



En las elecciones de marzo de 1990 más de un millón de personas depositaron en las urnas, además de su voto, la Séptima Papeleta.

13 Esto se introdujo con el plebiscito planteado por el general Rojas Pinilla en 1957, el mismo plebiscito que le diera el voto a las mujeres.

14 El tarjetón incluía por lo menos dos referencias contrarias a las aspiraciones de los estudiantes. La primera, que la alusión a las fuerzas regionales era una forma de mencionar a los políticos tradicionales locales, que los estudiantes consideraban como corruptos; la segunda, que, al ser elección por voto popular, les daba ventaja a las maquinarias políticas, y los estudiantes preferían una Constituyente con representación por estamentos políticos.

Actividad 3

Para discutir

¿Usted habría votado a favor o en contra de la Constituyente?, ¿por qué sí o por qué no?

especialmente, la del terrorismo del narcotráfico; en particular, la de Los Extraditables del Cartel de Medellín que había desatado una oleada de asesinatos selectivos de jueces, periodistas, policías y políticos, principalmente de izquierda. El 22 de marzo fue asesinado Bernardo Jaramillo, candidato presidencial de la UP, y el 26 de abril Carlos Pizarro, candidato presidencial del recién desmovilizado M-19, en cuyo funeral Antonio Navarro –quien lo reemplazaría en la postulación presidencial– anunció que continuaban en el proceso de paz y apoyaban la Asamblea Nacional Constituyente. Su apoyo les dio a las elecciones de mayo la posibilidad de votar Sí a la Constituyente como un repudio a la violencia.

El 24 de mayo, dos días antes de las elecciones presidenciales, la Corte Suprema emitió sentencia favorable a que la Registraduría contara los votos, argumentando que, si bien la reforma era cuestión de diseño institucional, este tenía una relación directa con la violencia. Dijo la Corte:

No es que las instituciones se hayan convertido *per se* en un factor de disturbios, sino que han perdido eficacia y han resultado inadecuadas [...] para combatir formas de intimidación y ataques que eran inimaginables hace unos años, y en consecuencia su rediseño es [...] necesario¹⁵.

Con cuatro candidatos presidenciales asesinados, las de mayo de 1990 fueron las elecciones presidenciales más tristes de las que se tenga memoria. Tras los crímenes de Pardo Leal (1987) y Bernardo Jaramillo (1990), la Unión Patriótica desistió de postular nuevos candidatos. Antonio Navarro, quien sustituyó a Pizarro en la aspiración por la recién constituida AD-M19, persistió; César Gaviria, designado por el hijo mayor de Galán en reemplazo de su padre, ganó las internas del Partido Liberal y, a la postre, la presidencia, con la tarea de organizar la convocatoria



Andrés Montoya Gómez.

Actividad 4

Para investigar

Diseñe una campaña a favor del Sí o del NO, como si estuviera en 1990.

y estructurar el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. El clima de dramatismo que rodeó la campaña de comienzo a fin hubo de influir en la votación por la Constituyente: 5.236.863 votos por el Sí, es decir, el 88% de los votantes.

“La Constituyente es el camino”

El nuevo gobierno tenía una tarea titánica por delante: convocar y sacar adelante una Asamblea Nacional Constituyente que reformara la Constitución de 1886. A finales de agosto de 1990, a las pocas semanas de su posesión, César Gaviria adoptó el Decreto 1926 llamando a elecciones para Asamblea Constituyente el 9 de diciembre de 1990. El decreto definía la mecánica de las elecciones, el tiempo que sesionaría la Asamblea, el temario a discutir y las calidades de los candidatos. Tenía varios objetivos: primero, controlar la escogencia de candidatos, cuya edad mínima sería de 25 años, y, con algunas excepciones, establecía la exigencia de que fueran profesionales universitarios. Un segundo propósito era la transparencia electoral y la protección de los candidatos, ante la situación de violencia que había convertido la plaza pública en

15 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de mayo de 1990, expediente 2149E.

escenario de asesinatos. Así, se estipulaba la financiación pública de las campañas, cubículos para proteger el voto secreto y el uso del tarjetón emitido y repartido por la Registraduría, con lo que se daba igualdad de condiciones a todos los candidatos, sustituyendo las papeletas y su reparto a cargo de las campañas. En tercer lugar, se garantizaba el acceso igualitario de los candidatos a la televisión y la radio. Además, garantizaba la igualdad de condiciones para grupos tradicionalmente excluidos de la costosa propaganda electoral, como era el caso de la AD-M19. Por último, al especificar el temario, el decreto descartaba la posibilidad de reformar la Constitución para prohibir la extradición, con lo que dejaba claro que no se expediría un cheque en blanco.

A principios de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia¹⁶, en su revisión de constitucionalidad del Decreto 1926, estuvo a punto de declarar inconstitucional el proceso. No era una decisión fácil, porque la convocatoria parecía excederse en los poderes que daba al presidente. Una vez más, se debía probar el vínculo directo entre la escalada de violencia como causa del estado de sitio y la reforma constitucional. La decisión fue reñida y, al final, favorable: doce votaron en contra y catorce a favor de la constitucionalidad de los decretos¹⁷. Según la sentencia, como la reforma constitucional podía ser un pacto de paz, no se podía declarar inexecutable tal intento, máxime cuando la aspiración última de toda Constitución es la paz, su “ser ontológico”, como señala Norberto Bobbio, a quien la Corte citó en su sentencia:

El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico, no es un simple conjunto de normas, su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para una comunidad [...] uno de esos valores es la paz.

En el segundo semestre de 1991, el gobierno de Gaviria adoptó una estrategia exitosa para legitimar su propio proyecto de reforma, a través de la participación masiva de élites y organizaciones de base en foros y mesas en

todo el territorio nacional, en un llamado sin precedentes a la participación popular¹⁸. Para elaborar y sustentar las bases de su reforma constitucional, estableció comisiones de expertos a las que llamó Comisiones Preparatorias, y Mesas de Trabajo en las que finalmente alternaron los expertos con líderes comunitarios y miembros de diversas organizaciones sociales, desde gremios económicos, asociaciones de estudiantes, profesores universitarios, campesinos, defensores de derechos humanos y ecologistas y medioambientalistas, hasta delgados de la Iglesia Católica y de otras confesiones.

A la participación a través de las mesas se sumó la definición de listas de candidatos a constituyentes que reflejaban un nuevo pluralismo electoral. En total, fueron 118 listas para 70 curules, incluyendo 29 listas que se postulaban como de “estudiantes”. La AD-M19 y la UP presentaron listas únicas, en tanto los conservadores fueron divididos entre la lista del Movimiento de Salvación Nacional, encabezada por Álvaro Gómez, y la del Partido Social Conservador, por el expresidente Misael Pastrana (1970-1974), además de otras dos listas de conservadores independientes. Por el Partido Liberal se inscribieron 36 listas; por las organizaciones indígenas, 2, y varias de iglesias cristianas. La inédita pluralidad de oferta se reflejó en la abundancia de publicidad política en la televisión, transmitida en horarios de alta audiencia, sin costo para las campañas. Esto y el sistema de tarjetón único provisto por el Estado disminuían los gastos de campaña y aumentaban la apertura electoral.

Elecciones: 9 de diciembre de 1990

Las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente fueron el 9 de diciembre de 1990. Ese mismo día, en La Uribe, Meta, las Fuerzas Armadas atacaron el campamento de Casa Verde, donde se habían reunido los comandantes guerrilleros para seguir los resultados de las elecciones. El ataque terminó con la maltrecha tregua iniciada en 1984, de la cual surgió la UP. A partir de entonces, las FARC escalarían sus enfrentamientos con militares y sus ataques a la población civil, y aunque hubo varios

16 La función de las Cortes y su relación con la justicia se analizan y explican en este libro en el capítulo 8 “Justicia: ¿derecho o privilegio?”, por Isabel Cristina Jaramillo Sierra.

17 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de octubre de 1990, expediente 2214.

18 Sobre las diferentes formas de participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado, véase en este libro el capítulo 9 “La participación ciudadana y el sistema de representación democrática”, por Christian Uribe Mendoza, Mónica Pachón Buitrago y Laura Wills Otero.

acercamientos en el transcurso de las deliberaciones de la Constituyente, el bombardeo le restó legitimidad al proceso y eliminó la posibilidad de que la nueva Constitución fuera un tratado de paz definitivo entre todos los colombianos.

Más que la persistencia de la guerra, lo que realmente puso en cuestión la legitimidad de la Asamblea fue la baja votación en los comicios de mayo: apenas 3.700.000 votos. Los motivos de la alta abstención no son claros: se atribuye a una fecha inusual para elecciones, al cansancio del electorado por la realización de varios comicios, a la ignorancia sobre la importancia del voto e, incluso, a la ausencia de las maquinarias electorales. Sin importar las razones, lo cierto es que la baja votación denotó poco interés popular en la Constituyente y le restó credibilidad y legitimidad a la Asamblea. Comparando los resultados, los constituyentes fueron menos votados que los cuestionados miembros del Congreso, órgano al que se le atribuía menos legitimidad que a la Asamblea para reformar la Constitución.

Sin embargo, lo que le dio gran legitimidad en ese momento, además de la altísima votación de mayo, fue el pluralismo de los elegidos y las formas como se insistió, desde el gobierno, en la legitimidad que surgía de esta pluralidad. El pluralismo era otra forma de decir que en la Asamblea había más posiciones políticas de las que estaban usualmente representadas, en la política colombiana, dominada por los partidos Liberal y Conservador. La Asamblea se caracterizó por la fragmentación de los partidos tradicionales y por la presencia relativamente fuerte de la izquierdista Alianza Democrática M-19, surgida de un acuerdo de paz.

Este pluralismo era político y protagonizado por la ascendencia de la antigua guerrilla. Así, aunque el Partido

Liberal había sacado el mayor número de elegidos (25 constituyentes de 70), el M-19, con una lista ecléctica de exguerrilleros, intelectuales y líderes comunitarios, tenía una presencia muy importante (19 constituyentes), como también la tenía la facción del Partido Conservador dirigida por Álvaro Gómez (11 constituyentes). Había además dos representantes de los grupos indígenas, uno de ellos, Lorenzo Muelas, en vestido tradicional¹⁹. También había sindicalistas, un estudiante, varios activistas de derechos humanos, dos representantes de la UP, gente de todas las regiones, dos cristianos, y un par de exguerrilleros de grupos pequeños que se desmovilizaron también, en una variedad política sin precedentes.

En otros sentidos, sin embargo, la Asamblea no era pluralista. Casi todos los constituyentes eran hombres (de 70, solo había cuatro mujeres), apenas dos indígenas y ningún afrocolombiano. El único afro elegido, Francisco Maturana, por la AD-M19, renunció a su curul a mitad de camino para entrenar a la selección nacional de fútbol. En 1991, el tema de la diversidad de razas, etnias e identidades sexuales casi no se discutía, como sí ocurre ahora. Este sería uno de los grandes cambios que trajo la Constitución de 1991.

Pluralismo y consenso en la Asamblea Nacional Constituyente

La Asamblea Nacional Constituyente reflejaba un inédito pluralismo político en una mesa colegiada de tres presidentes, con trayectorias y perfiles distintos: Horacio Serpa, por el Partido Liberal; Álvaro Gómez, por el Movimiento de Salvación Nacional; y Antonio Navarro Wolff, por la AD-M19. Los tres conocían de cerca la guerra y sus secuelas. Serpa, político de profesión, empezó como juez y había ejercido diversos cargos de nombramiento y de elección popular en representación del ala socialdemócrata de su colectividad, cultivando su base electoral en el Magdalena Medio, zona severamente afectada por el conflicto armado en los años ochenta. Álvaro Gómez, del ala derecha del Partido Conservador, tres veces candidato a la presidencia, llegó a la Asamblea por la disidencia Movimiento de Salvación Nacional; su secuestro y posterior

Actividad 5

Para discutir

Los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, con la excepción de los indígenas y los guerrilleros desmovilizados, debían ser profesionales graduados. ¿Usted está de acuerdo con esta limitación? Explique.

19 Sobre la importancia de los indígenas en la Constitución colombiana, véase en este libro el capítulo 16 “Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia”, por Libardo Ariza Higuera.



Horacio Serpa, Antonio Navarro, Álvaro Gómez, presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente.



Archivo El Espectador.

liberación a manos del M-19 estaba en el origen de la paz con ese grupo armado y de la misma Asamblea; su padre, Laureano Gómez, presidente de 1950 a 1951, fue protagonista durante la guerra civil no declarada entre liberales y conservadores, conocida como La Violencia. Por su parte, Antonio Navarro, comandante del recién desmovilizado M-19, participaba en política, superando las graves lesiones que le dejó un atentado con una granada en Cali, en 1985, tras los fallidos acuerdos de paz de 1984.

En su primer mes de funcionamiento, la Asamblea aprobó el reglamento interno, eligió la mesa directiva e integró las comisiones temáticas. En estas confluían representantes de diferentes partidos que consensuaban los artículos de su competencia. Esta forma de trabajo reveló que el pluralismo de fuerzas políticas no solo se daba en la Asamblea, sino también dentro de los partidos, pues miembros de una misma fuerza política expresaban opiniones divergentes, actuando a menudo con independencia de sus jerarquías partidarias y llegando, incluso, a hacer alianzas con integrantes de otras colectividades. La dinámica era constante. Dotados de poder para cambiar el diseño de las instituciones, los constituyentes expresaban sus ideas, tanto en las sesiones para tratar temas específicos como en las plenarias donde se debatían tesis y se transaban proyectos de país.

El poder de la Asamblea tuvo enormes tensiones con los poderes establecidos. La más dramática fue con el Congreso. Una de las razones de ser de la Asamblea era la enorme falta de legitimidad de este, por las muchas acusaciones de corrupción y por la inclusión de la no extradición en la reforma constitucional del gobierno Barco.

Pero también era cierto que la votación para Asamblea había sido menor que la de Congreso y que no era claro cómo iban a coexistir el poder legislativo con el constituyente y si el Congreso en ejercicio tomaría revancha reformando la nueva Constitución. La solución fue la revocatoria del Congreso elegido en 1990, tema en el cual insistieron los constituyentes durante toda la Asamblea y que finalmente se llevó a cabo al promulgarse la nueva Constitución.

En comparación, las relaciones de la Constituyente con las ramas Ejecutiva y Judicial fueron mejores, pero no necesariamente buenas. El gobierno tenía preparada su propuesta completa de Constitución, pero desde el principio la Asamblea constituyente se resistió a su influencia y manifestó que los ministros podían ir solo por invitación a sus sesiones. Además, hubo varios acercamientos de la guerrilla de las FARC directamente a la Asamblea, buscando negociar la paz con esta, tema que alteraba las relaciones con un gobierno decidido a ser el único interlocutor estatal de la guerrilla. Con la Rama Judicial la gran tensión se dio por la creación de la Corte Constitucional, que le restaba las funciones de control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, lo que suscitó reacciones contrarias de los miembros de este tribunal.

Quizá las tensiones de la Asamblea con las diferentes ramas del poder público unieron a los constituyentes. Pese al alarde de pluralismo expresado a lo largo de las deliberaciones, a la hora de votar, la Constitución se aprobó prácticamente por consenso. El precario balance de fuerzas obligó a los partidos a ceder y hacer alianzas, pues ningún grupo tenía los 37 votos requeridos para hacer

mayoría. El que por lo general los artículos se aprobaron por muchos más votos de los requeridos para hacer mayoría indica la amplitud de los acuerdos. De los 449 artículos votados en primer debate, 192 (43%), fueron aprobados por unanimidad; 176 con más del 90% de votos a favor; y 94% del articulado recibió más del 80% de los votos²⁰. De los 72 constituyentes con derecho a voto, 44 correspondían a la suma de los miembros del Partido Liberal y del M-19, que entre ambos representaban 61% de los votos. Las dos vertientes conservadoras, Movimiento de Salvación Nacional y Partido Social Conservador, más los independientes afines, llegaban a 20 constituyentes, equivalentes al 27%. Es decir, el 80% de votos con que se aprobó el 94% del articulado surgió claramente de alianzas entre ideologías y partidos. Así, el predominio del consenso en medio de la diversidad fortaleció la relación entre Constitución y paz.

¿Dónde estuvo entonces la confrontación ideológica? Al parecer no hubo problemas de fondo. Incluso el artículo más conflictivo, el del preámbulo, en el que se invoca la protección de Dios, logró 37 votos, mínimo requerido para su aprobación, en votación secreta. Otro que suscitó debate fue el del derecho al libre desarrollo de la personalidad, apoyado por los liberales y rechazado por los conservadores, que argumentaron riesgos contra la moral y el orden. El bloque conservador también trató de echar para atrás el aparte que subordina el derecho a la propiedad privada a su función social y el de los mecanismos de participación popular. Fuera de estos puntos específicos, cuyo debate trajo posiciones irreconciliables, hubo acuerdo a la hora de votar y los artículos pasaron.

En marzo, en plena actividad de las comisiones temáticas, estas se interrumpieron para una plenaria conmovedora en la cual los comandantes del EPL hicieron entrega de armas a la mesa directiva de la Asamblea, como parte del proceso de paz con el gobierno. A partir de ese momento, dos guerrilleros desmovilizados de esa organización

se integraron con voz y voto a la Asamblea. En abril, otros dos representantes de grupos guerrilleros desmovilizados, uno por el indigenista Quintín Lame, y otro por el PRT, se incorporaron a las deliberaciones, con voz, pero sin voto. Con estos actos se estrechaban los vínculos entre Constituyente y paz²¹.

Otro punto que parecía materializar los propósitos de paz, pero que pronto sería percibido como una vergüenza, fue la aprobación del artículo que elevaba a mandato constitucional la prohibición de la extradición de colombianos, en los términos que exigía Pablo Escobar, el jefe del Cartel de Medellín y de Los Extraditables. De hecho, Escobar se entregó a las autoridades el día que la Asamblea descartó la extradición. Se ha dicho que los constituyentes actuaron presionados, pero hay que tener en cuenta que en la época había un enorme apoyo popular por el fin de la extradición de colombianos, medida que no solo ofendía el nacionalismo de muchas personas, sino que además se veía como la causa del terrorismo del narcotráfico. Varios constituyentes fueron elegidos con la promesa de prohibir la extradición, y aunque la votación de este artículo fue secreta, solo se opusieron públicamente los constituyentes cercanos al asesinado Luis Carlos Galán.

La Constitución fue proclamada en una emotiva ceremonia televisada el 4 de julio de 1991. Firmaron todos los constituyentes, mientras coros de jóvenes cantaban a capela el *Aleluya*. Los tres presidentes de la Asamblea, en representación de distintas tendencias políticas, leyeron al unísono el preámbulo de la nueva Constitución. Como nota curiosa, firmaron un papel en blanco, pues el texto completo de la Carta se había perdido al intentar encriptarlo en el computador de la Comisión de Redacción. Tardarían varios días en armar de nuevo el texto completo. Durante la ceremonia de clausura de la Asamblea, el presidente César Gaviria anunció que levantaba el estado de sitio, vigente desde 1984. “Las transformaciones democráticas y el fortalecimiento de las instituciones han creado un nuevo orden político propicio para que todos los colombianos vivan en paz”, dijo²².

20 En 1993, Manuel José Cepeda y su equipo publicaron dos libros al respecto: *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo* (Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993) y *La Constituyente por dentro: mitos y realidades* (Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993). John Dugas también lideró un trabajo de monitoreo muy serio desde la Universidad de los Andes: *La Constitución de 1991. ¿Un pacto político viable?* (Bogotá: Universidad de los Andes, 1993).

21 Sobre los acuerdos de paz y la transición de la guerra a la paz, véase en este libro el capítulo 24 “La justicia transicional y la responsabilidad por las atrocidades del pasado”, por Farid Benavides Higuera.

22 Decreto 1686 de 1991. *Diario Oficial* núm. 39.888, 4-7-1991. En línea.

Actividad 6

Para reflexionar

Al promulgarse la Constitución de 1991, muchos creían que se pondría fin a la violencia. ¿Qué razones tenían para creerlo?, ¿usted cree que hoy una nueva Asamblea Nacional Constituyente resolvería la crisis de violencia?, ¿cree que podría resolver otros problemas? En caso afirmativo, ¿cuáles y por qué? En caso negativo, ¿por qué no? Ilustre sus argumentos con ejemplos reales tomados de noticias o de datos estadísticos e informes gubernamentales.

Las transformaciones de la nueva Constitución

¿De qué orden político hablaba Gaviria en su discurso de clausura y cuáles eran las transformaciones propicias para que todos los colombianos vivieran en paz? La respuesta se podría resumir en “más derechos y más democracia”. En cuanto a los derechos, la nueva Constitución trajo el fortalecimiento de la Carta de derechos y de sus mecanismos de defensa, en especial la tutela, y creó nuevas instituciones, como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo. Se eliminó el estado de sitio y se estableció una gradualidad en los estados de excepción de que puede disponer el presidente. En cuanto a la democracia, se elevó a rango constitucional la elección popular de alcaldes y gobernadores y se establecieron nuevas formas de democracia participativa, incluyendo mecanismos de participación directa de los ciudadanos. Para mayor transparencia en los procesos electorales, se fortaleció la función de vigilancia de la Registraduría General de la Nación. En el centro de las transformaciones estaba el pluralismo, tanto político –con reformas que permitían el ingreso de partidos pequeños a la política– como étnico –con los derechos ampliados para los indígenas y afrocolombianos– y religioso –con la adopción del Estado secular, que no tiene religión oficial, en lugar del Estado confesional católico de la Constitución de 1886.

Muchas reformas modernizantes no estaban directamente relacionadas con la retórica de la paz, pero sí encaminadas a lograr mayor desarrollo económico y estabilidad social. Se destacan la creación de la Fiscalía y la adopción

del sistema inquisitivo para la investigación de los crímenes; la creación de la Defensoría del Pueblo y la mayor descentralización administrativa²³, concediendo más independencia a los municipios y departamentos. En cuanto al sistema de Banca Central, se sustituyó la Junta Monetaria del Banco de la República por una Junta Directiva de siete miembros, independiente del gobierno, cuya función principal es la regulación del valor de la moneda.

Al mismo tiempo que empezaba a regir una nueva Constitución, el gobierno de César Gaviria logró la aprobación de un paquete de leyes tendientes a cambiar el modelo de desarrollo, pasando de un Estado regulador de la economía y prestador de servicios²⁴ a la llamada apertura económica con mayor protagonismo del mercado. Se expidieron leyes para la desregulación del sistema financiero (Ley 45 de 1990), se realizó una reforma tributaria que amplió y desgravó la importación de bienes, se redujo impuestos a las empresas, se reglamentó la repatriación de capitales, se estimuló el mercado accionario eliminando impuestos a las ganancias (Ley 49 de 1990), se liberó del control gubernamental el mercado de divisas o monedas extranjeras (Ley 9 de 1991) y se privatizaron los puertos (Ley 1 de 1991).

Otras reformas impactaron el mercado laboral y la vida de los trabajadores, en especial la privatización parcial del sistema de salud²⁵ (Ley 100 de 1993) y la reforma laboral (Ley 50 de 1990)²⁶. A partir de entonces, el seguro obligatorio de salud dejó de ser competencia exclusiva del Estado

23 Para mayor información, véase en este libro el capítulo 6 “La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva”, por Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón.

24 Para mayor información, véanse en este libro, respectivamente, los capítulos 17, 20 y 21: “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García; “Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991”, por Eleonora Lozano Rodríguez; “Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991”, por Hernán Vallejo González.

25 Para profundizar en el tema, véase en este libro el capítulo 19 “El núcleo esencial del derecho a la salud”, por Everaldo Lamprea Montealegre.

26 Diversas apreciaciones acerca de los efectos de esas reformas se presentan en los libros de Fernando Cepeda Ulloa y Diana Umaña, *Dirección política de la reforma económica en Colombia* (Bogotá: Fonade y DNP, 1991); Consuelo Ahumada, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana* (Bogotá: El Áncora, 1996); y Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia* (Bogotá: Norma, 2001).

Actividad 7
Para investigar

¿Considera contradictorio o coherente que la Constitución de 1991 incluyera más derechos y más democracia al tiempo que redujo la injerencia estatal en la economía?
Sustente su respuesta con ejemplos reales.

Recuadro 2
El Consenso de Washington
y el *rule of law*

A partir de mediados de los años ochenta y durante la década de los noventa, el gobierno estadounidense y múltiples organizaciones filantrópicas norteamericanas dedicaron billones de dólares para proyectos de reforma judicial y de diseño institucional en los países en desarrollo, enmarcados en el llamado Consenso de Washington. Así se conoce el conjunto de lineamientos del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y del gobierno estadounidense que da preponderancia a la expansión de las fuerzas del mercado mediante una menor regulación, disminuyendo la presencia del Estado en la economía. La receta se complementó con proyectos de estabilización de las instituciones democráticas, descritos como proyectos de promoción del Estado de derecho o *rule of law*. Tal política impactó especialmente a los países en proceso de democratización en Europa del Este y en América Latina y fueron el contexto en el cual se inscribió la Constitución de 1991. Es necesario remitirse al Consenso de Washington para comprender el pensamiento y las divisiones internas en la cúpula del gobierno de César Gaviria, así como las tensiones que rodearon la redacción de la Carta política. Sin embargo, este contexto global no permeó la cultura política de una nación desgarrada por el problema de la violencia del narcotráfico y por sus propias ansias de paz.

y se permitieron nuevas formas de contratación laboral, con menos protección y garantías para los trabajadores, destinadas a facilitar la creación de nuevos empleos.

El de 1990 a 1991 fue un período breve de grandes transformaciones en Colombia. En algunos casos los cambios en el Estado fueron radicales. En síntesis, más derechos y más democracia y menos Estado o menos injerencia estatal en la economía.

La tutela y el primer año
de la Corte Constitucional

De todas las reformas institucionales que introdujo la nueva Carta, la tutela ha sido quizá la de mayor impacto. La posibilidad de hacer efectivos los derechos ante cualquier juez sin tener abogado incidió de manera decisiva en el funcionamiento de las instituciones y en la cultura legal del país, pues los colombianos la han utilizado masivamente. En el momento de su creación no era claro que fuera a tener ese impacto: era, después de todo, una simple acción judicial en un país que había escapado, por poco, al desastre total. Y sin embargo ha sido utilizada de forma masiva por los colombianos.

Buena parte del protagonismo de la tutela se debe a la interpretación generosa que le dio al mecanismo desde su inició la nueva Corte Constitucional, que tenía la responsabilidad de revisar todas las tutelas adoptadas por los diferentes jueces del país. Este protagonismo se explica quizá por el funcionamiento del primer año de la Corte, que se describe a continuación.

Al redactar el Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, el gobierno de Gaviria le confirió a la Corte amplios poderes para la revisión de constitucionalidad de leyes y decretos e introdujo modificaciones a la forma como los jueces administraban justicia, dándoles la posibilidad de audiencias abiertas al público y de invitar expertos a opinar. En el primer año, y a la sombra del decreto, se materializó una nueva línea de interpretación judicial, bautizada “nuevo derecho” o “nuevo constitucionalismo”, centrada en el desarrollo de los derechos. Su promotor más visible por fuera de la Corte Constitucional fue Manuel José Cepeda, consejero para asuntos constitucionales del gobierno de César Gaviria, que ejercía su liderazgo y exponía su visión sobre lo que debía ser la nueva Corte y el nuevo constitucionalismo en

conferencias y publicaciones. Otros dos juristas, Eduardo Cifuentes y Ciro Angarita, magistrados y, como Cepeda, profesores de la Universidad de los Andes, lideraron esta transformación. Pronto encontrarían aliados en la Corte y conformarían mayoría con el apoyo, primero, de Alejandro Martínez, magistrado cercano a la AD-M19 y luego, de los magistrados Jaime Sanín y Simón Rodríguez, ambos liberales.

Lograr la ascendencia del “nuevo derecho” en la Corte Constitucional no fue fácil. Durante ese primer año se presentaron duras confrontaciones entre los magistrados más progresistas y el ala conservadora, integrada por José Gregorio Hernández y Fabio Morón, que se resistían al “nuevo constitucionalismo” y defendían una jurisprudencia de restricción judicial en la protección de los derechos, basada en argumentos de competencias institucionales, en particular, en el respeto por la discrecionalidad del Ejecutivo y del Legislativo, pero también por la competencia de las otras Cortes frente al control de sentencias por parte de la Constitucional. En ocasiones, Hernández y Morón formaban mayoría con Sanín y Rodríguez, imponiendo una alianza inestable; otras veces perdían y se limitaban a aclaraciones de voto donde explicaban su postura.

La división entre los magistrados se evidenciaba en la revisión de tutelas, pues, mientras los más conservadores se resistían a concederlas, otros, en especial Angarita y Cifuentes, desarrollaban una doctrina de primacía de los derechos humanos en las situaciones de hecho y una visión activista del juez constitucional. A propósito de la tutela se manifestaban las dos tendencias sobre el rol de la Corte: restrictiva y respetuosa de la separación de poderes, por un lado, y activista y defensora de derechos humanos, por el otro. Divididos en salas de revisión de tres magistrados, se escogían y estudiaban las tutelas que llegaban de todo el país. En ese primer año, los siete magistrados de la Corte, excepto Cifuentes y Angarita, negaron más tutelas de las que concedieron. Si bien el índice de tutelas negadas o concedidas no necesariamente es indicativo de las posiciones políticas, como lo es el análisis de los argumentos mismos, sí indica el grado de adhesión al mandato del nuevo constitucionalismo de “tomarse los derechos en serio”. Por ejemplo, Fabio Morón concedió ese año solo cinco tutelas y negó 27; Angarita concedió 31 y negó cinco.

Además de evidenciar las posiciones políticas, las tutelas acercaron a la Corte a la cotidianidad de los colombianos. A través de las tutelas los magistrados conocieron una violencia diferente de la política que aparecía en la prensa como la protagonista de los eventos nacionales. En la tutela enfrentaron la violencia de la arbitrariedad diaria, donde la fuerza no derivaba de las armas, sino del autoritarismo que somete a las personas a una cadena de indignidades. Para Rodolfo Arango, entonces magistrado auxiliar, el país que surgía de las acciones de tutela era

[...] el país de la arbitrariedad [...] en el que la gente no tenía derechos, en el que a una niña no la dejan usar pestañina en un colegio, ni a un niño el pelo largo, donde a los ancianos no se les pagaba la pensión, donde eran apabullantes el autoritarismo y la arbitrariedad²⁷.

Ese fue el país que conmovió a la mayoría de magistrados y sus auxiliares y al que empezaron a responder a través del estudio y fallo de las tutelas.

Además de la tutela, otro factor influyó en el nuevo vínculo entre paz y Constitución: la presencia de los movimientos sociales, en especial de los indígenas, ante la Corte. En la medida en que los movimientos sociales le pedían protección y llegaban tutelas sobre injusticias que afectaban a gran número de personas (por ejemplo, la falta de pago de pensiones), los magistrados fueron desarrollando una concepción más social del derecho y la justicia. Al enfrentarse a tomar decisiones, empezaron a entender que estas afectaban no solo a los especialistas del derecho, sino también a la gente del común. Así, la Corte Constitucional empezó a responder a un público que también imagina la paz como el fin de sus propios sufrimientos y no solo como la desmovilización de las guerrillas. A la creación de este público contribuyeron en buena parte los grandes medios de comunicación liberales, que le dieron amplio cubrimiento a las decisiones más polémicas de la Corte; al hacerlo, de forma intencional o no, difundían los valores de los derechos humanos y la defensa de los débiles, que en muchos casos coincidía con los fallos de la Corte.

Al finalizar la legislatura de 1992, el Congreso eligió la nueva Corte Constitucional. Cuatro de los magistrados nombrados para el primer año fueron reelegidos; el

27 Entrevista con Rodolfo Arango, Bogotá, 2008.

número de magistrados se amplió de siete a nueve y entraron cinco nuevos miembros. Con esa nueva composición, la Corte continuaría desarrollando ideas sobre la búsqueda de la justicia material en casos de tutela, y la defensa de los derechos, en casos de constitucionalidad. Y si el tema de la paz política empezó a quedar de lado, no ocurrió así con el de la dignidad humana, que permitió articular el rechazo a la violencia y dio pie a la argumentación que progresivamente acercó los movimientos sociales al derecho constitucional.

Al tiempo con los avances descritos, la Corte Constitucional defendió y protegió el modelo económico implantado por la Constitución, que a su vez animó las grandes reformas aprobadas por el Congreso entre 1990 y 1991. Estas reformas limitaron los derechos de los trabajadores y privatizaron parcialmente la prestación de los servicios de salud a través del seguro obligatorio y las pensiones. El aumento dramático de la pobreza entre 1996 y el 2002 reveló la tensión en las sentencias de la Corte entre la defensa del modelo económico y la obligación del Estado de cubrir las necesidades básicas de los más pobres. Esta tensión solo se alivió con el fin de la crisis económica y el lento retorno, a partir del 2002, a los niveles de desarrollo anteriores. Sin embargo, en algunos aspectos, como el del derecho a la salud, persistió la tensión entre las órdenes de la Corte y las directrices del gobierno en cuanto a la prestación del servicio. De esos temas se ocupan otros capítulos de este libro²⁸.

Actividad 8
Para reflexionar

Sitúese en el período 1990-1991, y a partir del diagnóstico de las causas de la violencia en el país, haga un cuadro analítico que relacione los diferentes elementos causantes de violencia con las reformas institucionales de la Constitución de 1991.

28 Estos temas se tratan en este libro en los capítulos: 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado” y 17 “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García; 18 “La educación: protectora de otros derechos”, por Betsy Perafán Liévano; 19 “El núcleo esencial del derecho a la salud”, por Everaldo Lamprea Montealegre; 20 “Constitución y economía:

Consideraciones finales

A final de los años ochenta hubo en Colombia una escalada de violencia. Esta correspondía en parte al fortalecimiento de las guerrillas, en parte a la debilidad del Estado para imponer el orden público e impartir justicia y en parte, quizá la más dramática, a la guerra entre el Estado y los carteles del narcotráfico. Los sicarios del narcotráfico se ensañaron contra jueces, políticos y periodistas que se oponían a sus propósitos, al tiempo que este financiaba crecientes ejércitos paramilitares que desplazaron y masacraron miles de campesinos, líderes sociales y militantes de izquierda. Como instrumento para conjurar la situación y poner fin a la oleada de crímenes, surgió la reforma constitucional.

Además de responder a los anhelos de paz, la Constitución de 1991 también refleja la tradición legalista del país, reforzando la legitimidad de instituciones existentes. La estructura político administrativa y la división de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial no cambiaron radicalmente y algunas modificaciones importantes, como la elección popular, ya se contemplaban en leyes anteriores. Si bien los antiguos Territorios Nacionales se elevaron a la categoría de departamentos y se abrieron posibilidades de otras formas de ordenamiento político, la estructura siguió siendo básicamente la misma. Se fortalecieron los organismos de control, se creó la Fiscalía y se adscribió la Defensoría del Pueblo al Ministerio Público, construyendo sobre estructuras institucionales ya existentes. Algunas reformas tenían largos antecedentes de discusión académica, como las que atañen a la Banca Central o al desmonte de algunos privilegios otorgados a la Iglesia Católica. Con una larga tradición de control constitucional en manos de la Corte Suprema de Justicia, se creó la Corte Constitucional y se le asignó esa tarea. Y cuando se planteó la función social de la propiedad y algunos derechos sociales, se hizo en el marco de la tradición liberal social, que data de la reforma constitucional de 1936.

Muchas de las reformas institucionales significaron modernización, pero no la transformación radical del Estado.

presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991”, por Eleonora Lozano Rodríguez; y 21 “Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991”, por Hernán Vallejo González.

Lo más novedoso, en cuanto a diseño institucional, que permitió materializar la promesa de más derechos y más democracia, fue la ampliación del sistema electoral, la inclusión de nuevos mecanismos de participación directa (referendo, plebiscito, etc.) y la tutela. A través de la tutela y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el país aprendería a reclamar derechos que antes apenas existían sobre papel y a esperar de las autoridades un nuevo respeto y compromiso con sus derechos. El resto de este libro cuenta esa historia.

Actividad 9

Para reflexionar

Reflexione sobre algunos de los cambios que trajo la Constitución de 1991. ¿Qué ha representado en su vida o en la de su familia y amigos?, ¿contribuyó a la paz?, ¿por qué no se alcanzó una paz definitiva? Sustente sus respuestas con hechos históricos.

Recuadro 3

El fin de la Guerra Fría y la caída del muro de Berlín

La caída en noviembre de 1989 del muro que separaba Berlín oriental de Berlín occidental simboliza el fin de la Guerra Fría y la reunificación de Alemania. El muro, levantado 28 años antes, materializó la llamada Cortina de Hierro que separaba las naciones de Europa del este, bajo la influencia y dominio del régimen comunista de la Unión Soviética, y la Europa occidental, democrática y capitalista. El enfrentamiento entre los dos modelos de Estado –capitalista y comunista– era sostenido por los poderes bélicos de los Estados Unidos y la Unión Soviética.

La confrontación, que se desarrolló en guerras relativamente pequeñas en las antiguas colonias europeas, tuvo un impacto enorme en América Latina. Los Estados Unidos, que siempre habían considerado a la región como su área de influencia natural, acentuaron su ascendiente después del triunfo de la Revolución Cubana (1959), invirtiendo en armas y recursos, de forma abierta y encubierta, para mantener en el poder a gobiernos proclives a sus intereses, el capitalismo y la democracia. A su vez, la Unión Soviética incidía en la región mediante el apoyo al régimen de Cuba, y con armas y dinero a las guerrillas comunistas que emergían y se enfrentaban a gobiernos sostenidos o apoyados desde Washington. En este contexto global se dio el proceso que condujo a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, con la esperanza de poner fin a la confrontación entre el Estado y la insurgencia comunista, que, ante la caída del muro de Berlín, dejaría de recibir apoyo de la Unión Soviética. La historia, sin embargo, fue otra.

Desde la caída del muro, la Puerta de Brandenburgo se convirtió en el símbolo de la reunificación alemana.



Unknown photographer, Reproduction by Lear 21 de Wikipedia en inglés.

Glosario

Asamblea Nacional Constituyente. Organismo de representantes que tienen la función de redactar una nueva Constitución.

Constitución política. Conocida como la “norma de normas”, es un texto en el que se recogen el conjunto de normas en el que se fijan los límites y definen las relaciones entre los poderes del Estado y los ciudadanos.

Reforma constitucional. Tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas, sin modificar la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

Material de apoyo

Videos y documentales

- *Séptima papeleta – Constituyente de 1991* (Hollman Morris). Partes I a VIII. Contravía. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=Z1CgzPNhSgl>

Libros y artículos

- *Contra todas las apuestas: historia íntima de la Constituyente de 1991* (Humberto de la Calle, 2004).
- *El Derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Julieta Lemaitre, 2009).
- *La Constituyente por dentro: Mitos y realidades.* (Manuel José Cepeda, 1993).

Referencias bibliográficas

"Acuerdos del cese al fuego entre 1984 y 1986 con las FARC, el M-19, el EPL y la ADO". *VerdadAbierta.co*, 12-11-2012. En línea: <http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/4292-acuerdos-del-cese-al-fuego-entre-1984-y-1986-con-las-farc-el-m-19-el-epl-y-la-ado>

Ahumada, Consuelo. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora. 1996.

Cepeda, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

_____. *La Constituyente por dentro: mitos y realidades*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

Cepeda Ulloa, Fernando y Diana Umaña. *Dirección política de la reforma económica en Colombia*. Bogotá: Fonade y DNP, 1991.

"Condenado Alberto Santofimio a 24 años de cárcel por el asesinato de Luis Carlos Galán". *Semana*, On Line, 11-10-2007. En línea: <http://www.semana.com/on-line/articulo/condenado-alberto-santofimio-24-anos-carcel-asesinato-luis-carlos-galan/88699-3>

Dugas, John. *La Constitución de 1991. ¿Un pacto político viable?* Bogotá: Universidad de los Andes, 1993.

Kalmanovitz, Salomón. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma, 2001.

Leal, Francisco y León Zamosc. *Al filo del caos: crisis política en la Colombia de los años 80*. Bogotá: IEPRI-Universidad Nacional, Tercer Mundo, 1990.

Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Unian-des, Siglo del Hombre, 2009.

"Los estudiantes de la Séptima Papeleta". *Semana*, 6-7-2010. En línea: <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-estudiantes-septima-papeleta/114006-3>

Mendoza, Plinio Apuleyo. *En qué momento se jodió Colombia*. Bogotá: Oveja Negra, 1990.

Moreno, Luis Cañón. "Narcodialogos, doble juego mortal". *El Tiempo*, 6-8-1991.

Pardo, Rafael. *De primera mano: Colombia 1986-1994, entre conflictos y esperanzas*. Bogotá: Norma, 1996.

"Santofimio se distanció de actos públicos ante inminencia de la condena". *El Tiempo*, 3-9-2011. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10286427>

Nota sobre fuentes: este capítulo está basado en el libro *El Derecho como conjuro* (Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, 2009) de mi autoría, en el que las afirmaciones fácticas que no son de amplio conocimiento tienen la referencia correspondiente a la investigación realizada para reconstruir los hechos. Esta se basa en una revisión amplia de: la literatura secundaria; del periódico *El Tiempo* y la revista *Semana*, en sus ediciones correspondientes al período 1988-1992; de las sentencias de la Corte Constitucional correspondientes a los temas aquí tratados; así como de documentos oficiales de la Asamblea Nacional Constituyente y entrevistas realizadas por la autora a muchos protagonistas de estos hechos. Sin embargo, por cuestiones de espacio y estilo, la citación de fuentes para este libro de texto es limitada. Para las fuentes originales remito a consulta del libro.

El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar

Antonio Barreto Rozo

Democracia **pueblo**
voluntad *gobierno* **Estado**
comunismo capitalismo



Objetivos de aprendizaje

- Entender el desarrollo histórico-político de las democracias modernas.
- Diferenciar los tipos de democracia ejercidos en las sociedades modernas y sus puntos de tensión.
- Incentivar al lector a que configure, de forma individual o colectiva, su modelo de democracia para armar.



Guía de estudio

Este capítulo acerca al estudiante al entendimiento de los sistemas democráticos, así como a sus dinámicas variadas en las sociedades modernas. En él se adelanta una revisión exploratoria de los distintos rostros o “semblanzas” que ha exhibido la democracia a nivel global. Estas facetas se presentan en gráficas, a manera de “modelos para armar”, contruidos a partir de “fichas” o elementos de análisis que serán resaltados para el lector a lo largo del texto y que permiten adentrarse en las complejidades de los modelos democráticos de la actualidad.

Introducción

Hoy, el debate sobre la democracia es un asunto de importancia cardinal que genera distintos tipos de sentimientos, compromisos y apreciaciones. Estos van desde opiniones optimistas, según las cuales la democracia ha triunfado como forma de gobierno, hasta análisis pesimistas y desalentadores sobre las posibilidades de éxito de las democracias actuales. Existe un espectro de opiniones, tan rico como incierto, sobre el propósito común de construir sociedades democráticas. Se trata de un ideal poderoso que ha ganado, como pocos, millones de seguidores y que hoy se enfrenta a nuevos retos. No se puede perder de vista lo evidente: en diversos ámbitos la democracia coexiste con la injusticia y la miseria generalizada. En palabras más críticas: “la democracia es compatible con la desigualdad, la irracionalidad, la injusticia, la aplicación particularista de las leyes, la mentira, la ofuscación, un estilo policial tecnocrático e incluso una dosis considerable de violencia arbitraria”¹. ¿Qué significa hoy apoyar o defender iniciativas de tipo democrático? Una respuesta detallada a esta pregunta remite a distintos escenarios teóricos y políticos que podrían indicar que la democracia es aún un proyecto por imaginar y construir.



Oficina de Comunicaciones y Marca- Unilandes.

Actividad 1

Para reflexionar

1. ¿Qué tipo de situaciones le hacen pensar que vive en una sociedad democrática, y cuáles no?
Sustente a partir de una definición de democracia.
2. ¿Está de acuerdo con que “la democracia es compatible con la desigualdad, la irracionalidad, la injusticia, la aplicación particularista de las leyes, la mentira, la ofuscación, un estilo policial tecnocrático e incluso una dosis considerable de violencia arbitraria”?
Sustente a partir de una definición de democracia.

¹ Adam Przeworski, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2010), 27-28. Wendy Brown, “We are all democrats now...”, en Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* (Nueva York: Columbia University Press, 2009), 45, se pregunta al respecto si “Berlusconi y Bush, Derrida y Balibar, Hamás y los comunistas italianos, todos son hoy por hoy demócratas [...] entonces, ¿qué le queda a la democracia?”

Elementos iniciales de una democracia para armar: una mirada panorámica al escenario global

Aun hoy en día las ideas liberales son un referente para comprender la democracia. A partir de las doctrinas liberales se superaron los poderes políticos medievales concentrados en una sola persona o en un parlamento hereditario fundado en la autoridad divina. Desde entonces, ellas son la base de los Estados modernos, con una característica común desde el siglo XVIII: el contractualismo. Es decir, un Estado tiene razón de ser cuando goza del consentimiento de sus miembros originales, manifestado en un pacto o contrato social, donde se espera que la maquinaria estatal esté a merced y voluntad de los asociados.

El contractualismo supone varias presunciones, dos de las cuales hay que resaltar: primera, el presupuesto de la autonomía individual de cada quien. La misma que de manera voluntaria hace que una persona desee formar parte del pacto, así como comportarse bajo sus lineamientos. Segunda, la suposición del interés de asociarse con el otro y con los otros en comunidad; de otro modo no se justifica la construcción colectiva de un Estado. A partir de estos pensamientos toma forma la idea o “semblanza” democrática del autogobierno, que por su importancia se examina a continuación.

El ideal del autogobierno también requirió dejar atrás la cosmovisión medieval de gobierno originado en la voluntad de dios, para pasar a la idea del gobierno como voluntad del pueblo. El filósofo Jean-Jacques Rousseau, en su obra *El contrato social* (1762), precisa que antes de “examinar el acto mediante el cual el pueblo elige a un rey, habría que examinar el acto mediante el cual un pueblo se convierte en tal pueblo, porque, siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad”². El gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo era el objetivo de la democracia. Pero para Rousseau se trata del gobierno por el pueblo, es decir, del autogobierno. Fue Rousseau quien de forma clara y contundente anunció a la Modernidad el paradigma del autogobierno con ideas como la siguiente: “no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad

general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo [el pueblo], no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido pero no la voluntad”³.

En el esquema rousseauiano prima la idea de que cuando el pueblo gobierna no obedece más que a sí mismo –*autogobierno*–. No hay ordenamiento o mandato alguno que se le pueda oponer o resistir a su voluntad. En palabras de Rousseau, “no hay ni puede haber ningún tipo de ley fundamental obligatoria para todo el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social”⁴. Es decir, el pueblo, literalmente, genera o cambia las reglas básicas del juego político, pero ha de hacerlo mandando y considerando a todo el pueblo, esto es, *legislando*. Ya Montesquieu en 1735 había señalado que una “ley fundamental de la democracia es que sólo el pueblo debe hacer las leyes”⁵.

De este modo, el autogobierno del pueblo es el factor crucial que compone una democracia. Pero una cosa es asumir al pueblo como *parte* de una democracia, representado en el gobierno, y otra entenderlo como un *todo* que gobierna. Rousseau se refiere más a la segunda interpretación. Sin embargo, muchas democracias no se fundan en esa idea. Así mismo, una cosa es promover un gobierno *por* el pueblo –donde el pueblo es el sujeto que gobierna– y otra distinta gobernar *para* el pueblo –donde se gobierna *en su nombre*, pero no necesariamente es el pueblo quien directamente gobierna–, e incluso gobernar *sobre* el pueblo –cuando es *otra* entidad política la que allí lo gobierna–. Rousseau y su idea de autogobierno ciertamente se refieren al gobierno *por el pueblo*.

El postulado rousseauiano sobre el autogobierno, sumado a la herencia contractualista mencionada, precipitó un giro radical en el pensamiento sobre la organización de las comunidades políticas. Esto se puede constatar, primero, en el avance del pensamiento político que supuso, y segundo, en las intensas reacciones y resistencias que causó. Respecto al primer punto, el pensamiento político allí presente, la idea de que la legitimidad del gobierno se basaba en un contrato social, ayudó a dejar atrás la creencia según la cual la legitimidad del gobierno radicaba en el respeto de las leyes dictadas por

2 Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social o Principios de derecho político* (Bogotá: Tecnos, 1987), 13.

3 Rousseau, *El contrato social*, 25.

4 Rousseau, *El contrato social*, 17.

5 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 2000), 14.

Actividad 2

Para reflexionar

Imagínese un gobierno dirigido por un grupo ilustrado por ejemplo, un príncipe filósofo que, en la analogía corpórea, fuera la cabeza del cuerpo social.

1. ¿Cree que este gobierno es por definición antidemocrático?
2. ¿Un gobierno del pueblo y para el pueblo debe de manera obligatoria ser por el pueblo?

Responda desde su punto de vista

y diga si está o no de acuerdo con Rousseau.

Dios o la naturaleza. En cambio, en el contractualismo las reglas políticas y sociales básicas podían ser construidas de manera convencional, consensuada y voluntaria por los miembros de una comunidad, a través de un acuerdo de convivencia o contrato social. Del mismo modo, la comparación que suele hacerse entre el cuerpo humano y una comunidad –la “analogía corpórea” de la sociedad–, según la cual los sujetos se configuran del mismo modo en que están articulados los miembros del cuerpo⁶, donde unos son la cabeza y otros los miembros dependientes de ella, fue superada por la “analogía contractualista”. Al serlo, las reglas políticas y sociales de una comunidad ya no estaban determinadas de manera exclusiva por un grupo que por naturaleza era la cabeza del cuerpo social.

En cuanto al segundo punto –las fuertes reacciones que causó la idea rousseauiana del autogobierno–, el esquema resultaba muy peligroso para muchos, sobre todo para los más ilustrados. Se trataba de un esquema que les confería poder político a los percibidos como los peor dotados para ejercerlo: las grandes masas de la población analfabeta, no educada, y social y políticamente desaventajada. Esta es la “escandalosa verdad”⁷, como se ha calificado, que la democracia lleva en su seno.

En su momento, el esquema rousseauiano no solo fue visto como una seria amenaza a las instituciones establecidas⁸ –temor que sería reforzado con el estallido de las revoluciones estadounidense y francesa en las décadas de 1770 y 1780–, sino como un cuerpo doctrinario que debía ser significativamente matizado o simplemente desechado. De hecho, uno de los mayores esfuerzos de los doctrinantes –lo que pasaría a ser llamado el

constitucionalismo liberal moderno de los siglos XIX y XX– sería lidiar con esta idea del autogobierno del pueblo. Desde entonces, el esfuerzo se dirigiría a intentar, de un lado, acomodar la voluntad del pueblo dentro de los cauces de una Constitución o norma fundamental, y del otro, contrapesarla con otras fuentes institucionales de poder⁹. Hasta inicios del siglo XX, la palabra “democracia” como tal tenía en Occidente una connotación negativa, y la desconfianza de varios hacia la “voluntad cruda del pueblo” condujo de manera frecuente a restricciones de sus derechos y al despliegue de controles abiertamente coercitivos¹⁰.

A lo largo del siglo XX la democracia ya constituía una noción política ambigua, cada vez más confusa. En efecto, el concepto estaba cargado de distintos contenidos y polos opuestos, de manera que se entendían muchas formas de democracia. Una de estas tensiones es la idea de democracia como forma política que legitima el *poder del pueblo* –Rousseau–, en contraposición con la idea de democracia como forma política que legitima el *poder del Estado nación moderno*. Es decir, como la forma de gobierno moderna y deseable, amarrada a la idea de progreso. Alexis de Tocqueville, por ejemplo, en la década de 1830 bautizó

6 La “analogía corpórea” de la sociedad no solo se remonta a la Edad Media, sino va mucho más atrás, encontrándose rastros de ella en textos como la Biblia, donde se identifica la comunidad de la Iglesia católica con el cuerpo humano y con el de Jesucristo: “El cuerpo humano es uno solo, pero tiene muchos miembros; y los miembros, a pesar de ser muchos, forman todos un solo cuerpo. Pues bien, eso es lo que sucede con Cristo [...] Ahora bien, ustedes son el cuerpo de Cristo, y cada uno es un miembro de ese cuerpo” (1 Co 12, 12-30).

7 Daniel Bensaïd, “Permanent Scandal”, en Allen, *Democracy in what state?*, 18. Para este autor la democracia constituye la expresión “de un perturbador principio de igualdad”. (p. 18).

8 Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 82, señala que el temor de varios sectores influyentes a tal punto llegó que, por ejemplo, el procurador general de la ciudad de Ginebra ordenó la prohibición de la reproducción y difusión del *Contrato social* de Rousseau.

9 Para una de las mejores reconstrucciones de este itinerario histórico, véase Fioravanti, *Constitución*, 71-164.

10 Sobre varias de estas restricciones en el contexto colombiano de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, véase Antonio Barreto, *Venturas y desventuras de la Regeneración* (Bogotá: Unian-des, 2011), particularmente la sección “Regeneración y coerción: el compromiso regeneracionista con el ejercicio de represión sobre el orden social”, contenida en el Capítulo 2.

de forma ejemplar la maquinaria estatal estadounidense como un “gobierno democrático”¹¹, a pesar de que era una sociedad esclavista, donde muy pocos podían elegir y ser elegidos. Otro pensador que identifica la democracia con la idea del Estado moderno es el jurista austriaco y filósofo del derecho Hans Kelsen, quien, casi cien años después de Tocqueville, al exponer su teoría democrática del Estado, igualaría el concepto de democracia con el intrincado aparato estatal al enunciar su famosa frase: “el Estado somos nosotros”¹². De hecho, para Kelsen “el concepto de ‘pueblo’ tiene un sentido normativo [...]. El hombre forma parte del pueblo del Estado solamente en tanto que está sometido al dominio estatal, en tanto que su conducta constituye el contenido del orden jurídico”¹³.

Esta identificación de democracia con Estado está lejos del pensamiento de Rousseau y del contexto revolucionario francés de finales del siglo XVIII, en el cual el pensador político Emmanuel Sieyès –abad Sieyès– llegó a diferenciar también de forma ejemplar para la Modernidad el *poder constituyente* –poder fundacional de los asociados por voluntades individuales– del *poder constituido* –poder del gobierno así establecido–, encontrándose el poder constituido (el gobierno) sometido al poder formativo e inaugural del poder constituyente o del pueblo. Para Sieyès, “la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente”¹⁴.

Al analizar el recorrido que ha tenido la noción de democracia en la era moderna –relatado de manera fragmentada–, el filósofo político italiano Giorgio Agamben diferencia el sentido de democracia como *constitución de la comunidad política* del de democracia como *técnica de gobierno*, porque, hoy por hoy, “la democracia designa tanto la forma mediante la cual el poder es legitimado como la manera en la que el mismo es ejercido”¹⁵. En

cuanto al primer sentido, la democracia es la forma como los ciudadanos legitiman el poder del Estado. Es decir, el *arreglo político de ciudadanos* que han de ser asumidos como iguales entre sí o *pares* dentro de la comunidad política. Este presupuesto justifica el gobierno, decidido entre todos y en el cual participan todos los ciudadanos. Con respecto al segundo, la democracia como técnica de gobierno, manifiesta un *arreglo institucional jerárquico* que, de uno u otro modo, implica dominación y termina siendo propulsado en las complejas sociedades modernas por un poder ejecutivo fuerte, con algunos momentos aislados de ratificación, como en los comicios electorales¹⁶.

Entonces, en la democracia como arreglo político de ciudadanos iguales (comunidad política entre pares) prima la soberanía popular. Se trata del poder del pueblo y del gobierno por el pueblo: el pueblo se concibe como un todo que es el que le da y *le quita* el poder al gobierno (el poder constituyente que decide sobre el poder constituido). Por otro lado, en la democracia, como un arreglo institucional jerárquico, el que tiene el poder es el Estado nación, que gobierna sobre un pueblo, y el pueblo es a su vez una parte de un poder más grande. Otra manera de decirlo es que en la primera opción la soberanía reside en el pueblo y en la segunda, en la nación o –en este caso– en el Estado nación.

Actividad 3

Para investigar

Consulte la Constitución colombiana y a partir de esta responda:

1. ¿En quién reside la soberanía: en el pueblo o en la nación?
2. ¿Qué implicaciones tiene esto para la democracia colombiana?

11 O “gobierno de la democracia”. Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (Madrid: Guadarrama, 1969), 129.

12 Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (Granada: Comares, 2002), 128. Con esta frase, Kelsen contraponía la forma democrática de un Estado con la forma autocrática y absolutista que podía asumir el mismo. En este último indeseado caso, la frase célebre es “el Estado soy yo”, históricamente adjudicada al monarca francés Luis XIV (p. 127).

13 Hans Kelsen, *Teoría general del Estado* (México: Editora Nacional, 1970), 196.

14 Emmanuel Sieyès, *¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios* (Madrid: Alianza, 1994), 145.

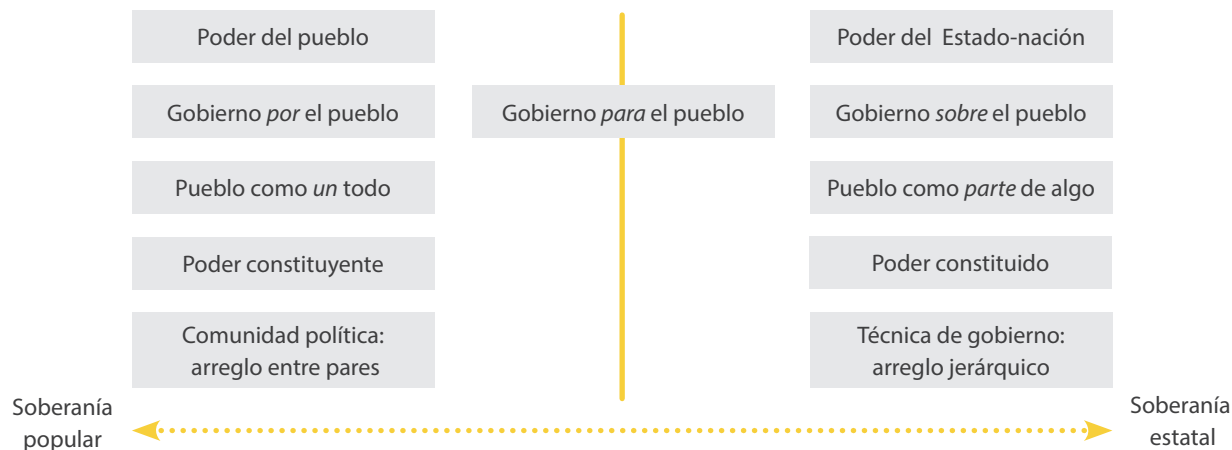
15 Giorgio Agamben, “Introductory note on the concept of

democracy”, en Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* (Nueva York: Columbia University Press, 2009), 1.

16 Es en este sentido que Herbert Marcuse –filósofo alemán de la Escuela de Frankfurt– sostenía, en medio de la incertidumbre nuclear de la Guerra Fría, que “la democracia consolida la dominación más firmemente que el absolutismo, y libertad administrada y represión instintiva llegan a ser las fuentes renovadas sin cesar de la productividad”. *El hombre unidimensional* (Barcelona: Planeta-Agostini, 1985), 7.

Modelo para armar 1

La democracia moderna como autogobierno



Hasta donde vamos, los distintos ángulos del autogobierno pueden organizarse como se muestra en el Modelo para armar 1, a manera de “fichas”. La balanza se inclinará según dónde se ubique la soberanía: en el pueblo o en el Estado.

En la siguiente sección se analizará la forma como el autogobierno y otros elementos democráticos fueron comprendidos de modo radicalmente opuesto –con ideas políticas y económicas de los siglos XVII, XVIII y XIX–, lo que dividió el mapa mundial en dos formas contrarias de democracia en la segunda mitad del siglo XX. Se trata del liberalismo y el comunismo. Al caer la Unión Soviética –máximo representante del comunismo– esta división sería heredada por izquierdas y derechas, las cuales se consideran a sí mismas como las verdaderas democracias.

Semblanzas democráticas en contienda: democracias liberales versus democracias socialistas y comunistas

El final de la Segunda Guerra Mundial dejó listo el camino para el predominio político de *las dos superpotencias* –Estados Unidos y la Unión Soviética– y el inicio de la Guerra Fría, en la cual se enfrentaron de forma indirecta, hasta fines del siglo XX. En este contexto, los principales debates sobre la democracia se vieron enmarcados en una suerte de *campo bipolar*: a un lado las que podrían ser calificadas como *democracias liberales* y al otro las conocidas como *democracias socialistas* –en otros contextos

políticos, *democracias populares*–. Estas incluían la versión más radical: las *democracias comunistas*, fundadas en la teoría marxista de la democracia. A continuación se da una caracterización panorámica de los dos escenarios en pugna.

La concepción liberal de la democracia se basa en tres pilares: el autogobierno, la libertad individual y la propiedad privada. El poderoso elemento del autogobierno se constituyó en la tradición liberal de pensamiento, una de las máquinas más efectivas y persistentes jamás creadas para enfrentar y superar el poder concentrado y absoluto del monarca. Dicha empresa liberal de destronamiento real se afincó en el autogobierno del pueblo.

La libertad individual, por su parte, se sustenta en la idea del individuo como sujeto moral libre, idea desarrollada por Kant como la autonomía en la toma de decisiones de acuerdo con la identificación racional del deber personal de los ciudadanos: “La *autonomía* de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conformes a ellas”¹⁷. La tradición liberal ha insistido en la importancia de esta libertad personal, también contenida en el pensamiento del filósofo inglés John Stuart Mill

17 Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica* (Salamanca: Sígueme, 1994), 52. Dicha autonomía o libertad, en el esquema kantiano, se relaciona íntima y recíprocamente con la ley. De allí la conocida ley fundamental de la razón pura práctica: “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal” (p. 49).

como la regla según la cual mi libertad se extiende hasta donde empieza la de mi prójimo. Así mismo, y de manera frecuente, el liberalismo ha diferenciado la *libertad negativa* o ser libre *de* algo –por ejemplo: coacción externa o distintos obstáculos que impiden autodeterminarme– de la *libertad positiva* o ser libre *para* algo –por ejemplo: la presencia de condiciones y capacidades básicas para realizar mi proyecto de vida¹⁸.

Con respecto a la propiedad privada, era esta la que diferenciaba al hombre libre del esclavo: mientras que para el primero su trabajo se convertía en su propiedad, para el segundo su trabajo se convertía en la propiedad de su amo. En esta concepción, la libertad se define como la facultad de poseer, y de no ser, propiedad privada. El filósofo inglés del siglo XVII John Locke, bajo un canon clásicamente liberal contractualista, al respecto precisa que:

[...] cada hombre, empero, tiene una “propiedad” en su misma “persona”. A ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El “trabajo” de su cuerpo y la “obra” de sus manos podemos decir que son propiamente suyos. Cualquier cosa, pues, que él remueva del estado en que la naturaleza le pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que de él es, y así se constituye en su propiedad¹⁹.

El legado claro que quedaba para el pensamiento político liberal es que las instituciones –en especial las estatales– estaban establecidas para proteger al individuo como dueño de sí mismo –propiedad en sentido amplio– y de las cosas que le pertenecen, en particular aquellas que había obtenido con su trabajo –propiedad en sentido estricto–. Con el ascenso y consolidación del capitalismo, cada vez se hizo más ilusoria la sociedad agraria que Locke contempló como el lugar en el cual el trabajo se convertía en propiedad, y la acumulación de la riqueza y la propiedad en pocas manos –en lugar de en manos de muchos– se tornó en una realidad innegable. No solo se acumuló la riqueza, también se acumuló el poder político. Así, los que concentraban la riqueza además detentaban el poder, excluyendo a grandes masas de la población y restringiendo sus derechos de distintos

18 Diferenciación clásicamente estudiada por Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza, 1996), 187-243.

19 John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (México: Porrúa, 2008), 18.

Actividad 4

Para reflexionar

Examine la relación entre libertad y propiedad planteada en este capítulo. Imagine un país en el que no existen mayores diferencias entre la cantidad de propiedades que tiene cada persona.

¿Cree que en este tipo de lugar todos los individuos podrían ser libres para desarrollar el proyecto de vida que deseen? Explique.

modos: en relación con el ejercicio de la democracia, por ejemplo, a lo largo del siglo XIX predominó el llamado *voto censitario*²⁰, esto es, la autorización de que ejerceran el voto solo aquellos pocos que habían amasado una renta determinada o que tenían un grado calificado de educación.

A mediados del siglo XIX el estado de cosas sociales que, para bien o mal, se presentaba por la combinación de múltiples convicciones y tendencias, entre ellas las propuestas a menudo intercambiables del liberalismo y el capitalismo, sirvió como campo labrado para la aparición de una serie de corrientes políticas y económicas de pensamiento contrapuestas, destacándose el socialismo y el comunismo²¹. Mientras el liberalismo tuvo como uno de sus principales referentes las ideas contractualistas mencionadas, el socialismo –sobre todo el comunismo– criticaba la distribución de la propiedad que se concentraba en pocas manos y la explotación del trabajo de unos para el enriquecimiento de otros, como realmente sucedía en las democracias liberales. Así, en el caso del comunismo, su análisis se centró en la estructura económica como instancia que explica y determina las dinámicas sociales. Por eso se le denomina una aproximación *estructuralista* de la realidad social, esto es, una que ve en la *estructura económica* o en el régimen económico de producción la

20 Opuesto al “voto universal” que hoy campea en las democracias contemporáneas. Para una descripción de la forma como operó el voto censitario en el contexto colombiano de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, véase Barreto, *Venturas y desventuras de la Regeneración*, cap. 5.

21 Véase en este libro el capítulo 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado”, por Helena Alviar García.

base real o material que determina y sobre la cual se alza toda la suerte de elementos y *supraestructuras* que componen el complejo mundo de la *vida social*. Esto incluye, por supuesto, a las Constituciones y al derecho mismo, que dependen entonces de la distribución del capital y de la riqueza producida por el trabajo humano²².

Durante el siglo xx, el marco de ideas socialistas y comunistas serviría como trasfondo para la generación de un nuevo tipo de democracias. Así el calificativo “democrático” también empezaría a ser empleado por sistemas comunistas de gobierno –de forma emblemática, por ejemplo, la Alemania oriental o República Democrática Alemana (RDA) o la República Democrática de Vietnam–, así como el adjetivo “popular” –República Popular China, República Democrática y Popular de Corea del Norte o República Popular de Angola–, y ciertamente el nombre “socialista” –Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas–. A continuación se analizan tres rasgos básicos que, a través de la teoría marxista de la democracia, identifican de forma panorámica y preliminar el proyecto político que les dio forma particular a las democracias comunistas.

En primera medida, se trata de democracias impulsadas por los trabajadores, los proletarios o la clase obrera, quienes proveían el trabajo que produjo la riqueza de la Revolución Industrial en Occidente. Por eso Marx afirmaba en una de las estrofas de los Estatutos de la Internacional Comunista que la “emancipación de la clase obrera debe ser obra de los obreros mismos”²³. El autogobierno aquí es entendido no como gobierno desplegado por *el* pueblo –tal y como lo considera el liberalismo en las distintas acepciones de pueblo como todos los ciudadanos–, sino como gobierno impulsado por *un* sector del pueblo: el proletariado²⁴. Allí, más que la libertad individual liberal –ya sea para ser libre *de* algo o *para* algo, como se mencionó– se intenta concebir un tipo de libertad entrelazada en el otro, en los otros y en el colectivo de la comunidad política impulsada por la clase obrera:

22 Karl Marx, *Crítica del programa de Gotha* (Bogotá. Círculo Rojo, 1969), 31, afirma que el “derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado”.

23 Marx, *Crítica del programa de Gotha*, 33.

24 Por eso para Marx el “pueblo” no es otra cosa que el “pueblo trabajador”: “‘democrático’ quiere decir en alemán ‘gobernado por el pueblo’ [...] ¿Y qué es eso del ‘control gobernado por el pueblo del pueblo trabajador?’” Marx, *Crítica del programa de Gotha*, 42.



Valeria Serrano Hoyos.

Plaza de la Revolución en La Habana, Cuba.

solo se es libre *a través* de alguien, lo cual ciertamente involucra dimensiones de cooperación y solidaridad²⁵.

Pero para que tuviera lugar el gobierno de los trabajadores era necesario pasar por un período de confrontación o lucha de clases que desembocaría en el triunfo de la clase trabajadora y en la instauración de una sociedad más justa. En esta se acabaría el capitalismo y la explotación del trabajo ajeno que permite que unos pocos se hagan muy ricos, mientras la inmensa mayoría apenas subsiste. El proceso exigía pasar por la revolución. Al desarrollar las ideas de Marx, líderes rusos –como Vladimir Ilyich Lenin– llegarían a identificar el ejercicio de la democracia con la implantación de una dictadura que representaba los intereses de los trabajadores: “los obreros no esperan componendas, no solicitan dádivas; aspiran

25 Al referirse a la sociedad burguesa, Karl Marx, “La cuestión judía”, en *Manuscritos de París. Anuarios francoalemanes 1844*, *Obras de Marx y Engels*, vol. 5 (Barcelona: Crítica, 1978), 196, encuentra que lo “que dentro de esta puede encontrar un hombre en otro hombre no es la *realización* sino al contrario la *limitación* de su libertad”.

a aplastar implacablemente las fuerzas reaccionarias, es decir, aspiran a la *dictadura democrática revolucionaria del proletariado y de los campesinos*²⁶.

La democracia, así concebida, era represora, en la medida que los capitalistas y sus dependientes no entregarían fácilmente su poder y sus bienes a los trabajadores. Para Lenin, la violencia era parte del proceso revolucionario, como lo había sido para los revolucionarios jacobinos durante la Revolución Francesa. Esa violencia era necesaria para instaurar una democracia donde gobernara la mayoría, el pueblo y los trabajadores, siendo los tres una misma cosa. Como se puede ver, el autogobierno en las democracias comunistas pasa por el *emprendimiento de una lucha de clases*, en contraste con el autogobierno de las democracias liberales, que se basa en el concepto del contrato social como ideal para la *generación de consensos*²⁷.

En segunda medida, las democracias comunistas se guían por el propósito económico –que debe cumplirse por la totalidad del pueblo trabajador– de transformar la *propiedad privada* de los medios de producción²⁸ –protegida por los regímenes liberales y capitalistas– en *propiedad colectiva* de dichos medios: “si las condiciones materiales de producción fuesen propiedad colectiva de los propios obreros, esto determinaría, por sí solo, una distribución de los medios de consumo distinta de la actual”²⁹.

Para los comunistas la propiedad general de los medios de producción garantizaba que las necesidades materiales de todos estuvieran satisfechas, ya que el sistema proveería una cantidad suficiente de riqueza colectiva como para eliminar la pobreza:

26 Vladimir Ilyich Lenin, *Dos tácticas de la socialdemocracia en la revolución democrática* (Madrid: Akal, 1975), 102. Marx había señalado: “ya no se trata de expropiar al trabajador independiente, sino de expropiar al capitalista explotador de numerosos trabajadores”. *El Capital. Crítica de la economía política*, vol. I (México: Fondo de Cultura Económica, 1946), 648.

27 Si bien resulta necesario aclarar que el legado liberal del autogobierno –particularmente el de linaje rousseauniano– comparte con la concepción comunista de dicho autogobierno un factor crucial: la idea de revolución. Por esta vía existen diversos nexos entre las revoluciones estadounidense, francesa y rusa.

28 Se refiere a los medios materiales para la producción de bienes a través del trabajo, por ejemplo, la propiedad de las fábricas o de la tierra y maquinaria en la agroindustria. Véase en este libro el capítulo 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado”, por Helena Alviar García.

29 Marx, *Crítica del programa de Gotha*, 33.

[...] cuando, con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad; a cada cual, según sus necesidades!³⁰

De este modo, el andamiaje democrático marxista no solo buscaba democratizar los espacios políticos de la sociedad, sino ir más allá, hacia la *estructura*, y democratizar la relación fundamental que existe entre el capital y el trabajo y el empleador y el empleado, lo cual exigía una reformulación completa del régimen económico de producción. Por ello, la *igualdad económica* en la repartición de los medios de producción constituye una preocupación básica de las democracias comunistas, mientras que la *igualdad política* –muchas veces asociada con una igualdad formal y abstracta ante la ley– formaba parte central del proyecto de las democracias liberales.

El tercer y último elemento que vale la pena mencionar en relación con las democracias comunistas lo constituye la creencia de que el Estado es un ente destinado a desaparecer. Una utopía para algunos. Esto es cierto en la concepción de democracia planteada por Marx: “¡como si hubiese otro Estado real que el pueblo! El Estado es una abstracción. El pueblo es lo único concreto”³¹. Aquí una democracia, en cuanto pueblo concreto, requiere eliminar las barreras estatales, pues “el Estado político tiene que desaparecer en la verdadera democracia”³². Como se ve, se trata del pensamiento democrático lanzado hacia uno de sus máximos extremos, en lo que podría denominarse una versión de democracia radical³³.

De este modo, y volviendo al contraste con el pensamiento político liberal, podría señalarse que, mientras el pensamiento marxista planteado implica la *desaparición del Estado*, implementar las democracias liberales requiere de su existencia. Eso sí, es importante aclarar que una democracia liberal, ceñida a los postulados de

30 Marx, *Crítica del programa de Gotha*, 32.

31 Marx, “La cuestión judía”, 35.

32 Marx, “La cuestión judía”, 38.

33 En tiempos recientes el científico social brasileiro Roberto Mangabeira Unger, *Democracy realized. The progressive alternative* (Londres - Nueva York: Verso, 2001), 48-52, ha propuesto materializar una “alternativa democrática radical”, basada en la descentralización del acceso al capital en las actuales democracias de mercado.

la economía política clásica liberal, intentará minimizar tanto como sea posible la injerencia del Estado para dejar andar las fuerzas propias del libre mercado. Este es el *Estado mínimo* ajustado a los preceptos económicos clásicos del *laissez-faire*³⁴. En cambio, una democracia liberal más comprometida con las causas sociales aceptará la *intervención del Estado* en dicho mercado pues considera que este, dejado a su suerte, tiende a generar desigualdades significativas entre sus participantes y en la sociedad en general.

Lo cierto es que en la política contemporánea el Estado no ha desaparecido. Incluso la muestra más destacada de comunismo –la República Popular China, conducida de forma suprema por el Partido Comunista de China, que “toma el marxismo-leninismo como guía para la acción”³⁵– reposa en la concepción de un Estado fuerte en el que se deben colocar “los intereses del Partido y del Estado, esto es, los intereses de las masas populares, por encima de sus intereses individuales”³⁶.

Actualmente, para muchos, Estados Unidos constituye el modelo más sobresaliente de capitalismo. Pero lo cierto es que la recia bipolaridad que marcó a la Guerra Fría –donde se enfrentaron a muerte las *democracias liberales* contra las *comunistas*– también estuvo expuesta a vientos de mayor diversidad en materia de regímenes políticos. Una de las iniciativas más destacadas fue la *socialdemocracia* en países como Suecia, Noruega o Dinamarca³⁷. Hoy, en el contexto latinoamericano, se habla de *socialismo latinoamericano del siglo XXI*, con experiencias como la de Venezuela, Ecuador, Bolivia o Nicaragua, entre otras. No obstante, lo han calificado como *populismo* sus poderosos detractores. Esta se trata de una tendencia política que, para bien y para mal, ha forjado gobiernos movidos por un presidente o poder ejecutivo abrumador y ostensiblemente visible; por un malestar histórico con

Actividad 5

Para reflexionar

1. En su opinión, ¿qué virtudes y falencias considera que tiene el *modelo democrático capitalista* estadounidense y el *modelo democrático comunista* chino? Compare, en una tabla, las virtudes y falencias de cada modelo en relación con los diferentes conceptos de democracia explicados en este capítulo.
2. Comente las siguientes afirmaciones realizadas sobre el actual socialismo latinoamericano: a) es populista; b) el poder del presidente es abrumador; c) hay un diálogo más directo entre los gobernantes y las bases sociales; d) crea polarización por la reivindicación de causas sociales; e) amplía el espectro de los derechos humanos.
3. ¿De qué concepción de la democracia provienen estas diferentes opiniones? Sustente a partir de lo explicado en este capítulo.

las clases gobernantes tradicionales³⁸; por un alto grado de polarización, producto de la reivindicación de causas sociales percibidas como “deudas históricas”³⁹; y por un inventario generoso de derechos humanos⁴⁰, entre otros rasgos importantes.

Así, se puede plantear un eje de propuestas democráticas que tiene en un extremo las teorías liberales de la democracia y en el otro las teorías marxistas de la democracia. Para las teorías liberales, el gobierno por el pueblo es un autogobierno que pasa por la generación de consensos. Valora la libertad que permite la democracia, como poder ser libre de tiranía y libre para forjar un proyecto autónomo, así como la libertad a la propiedad privada, la igualdad política y una intervención del Estado más o menos limitada. En el otro extremo, el gobierno por el

34 En la expresión completa, se habla de *laissez faire, laissez passer*, es decir, de “dejar hacer y dejar pasar” las espontáneas fuerzas económicas.

35 Partido Comunista de China. *Estatutos* (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1956), 9.

36 Partido Comunista de China. *Estatutos*, 17.

37 La influencia de este esquema se extendió a otras latitudes, siendo uno de los referentes más importantes para lo que en el siglo XX será conocido como Estado Social de Derecho, modelo que efectivamente adoptó Colombia en 1991 (Constitución Política de Colombia, art. 1).

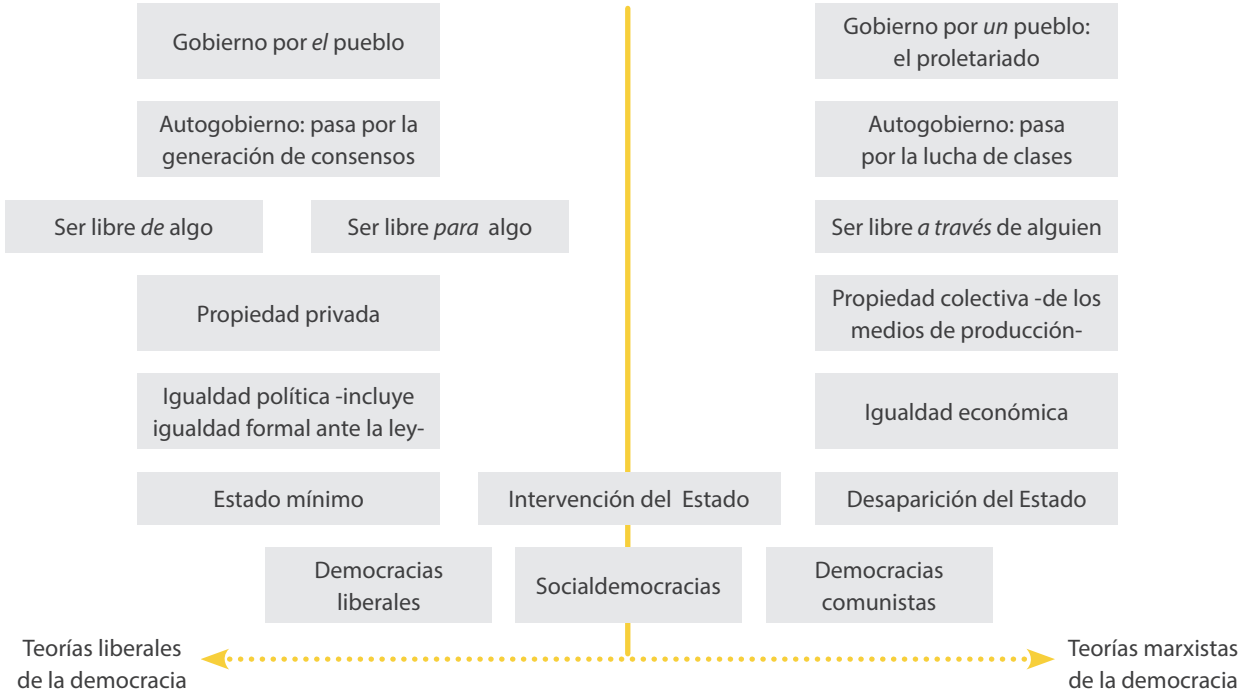
38 Las cuales intentan ser dejadas de lado para establecer un nuevo canal, percibido como de “diálogo directo” con las bases sociales y políticas. Este espíritu anima al “poder ciudadano” venezolano (Constitución de Venezuela, arts. 273 y ss), que constituye toda una rama del poder público.

39 En Bolivia, por ejemplo, buscan reivindicarse “los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos” (Constitución de Bolivia, art. 30).

40 Entre ellos son frecuentemente citados los “derechos de la naturaleza o Pacha Mama” (Constitución de Ecuador, art. 71).

Modelo para armar 2

La democracia bajo el contexto de la Guerra Fría



pueblo se identifica como el gobierno por el proletariado como resultado final de la lucha de clases. La libertad requiere la vida en una comunidad donde todos son iguales. Los medios de producción deben ser colectivos y se promueve la igualdad económica y la eventual desaparición del Estado. En el medio están las socialdemocracias, que buscan un equilibrio entre ambos modelos. El modelo para armar de las semblanzas democráticas planteadas con base en las distintas “fichas” hasta aquí analizadas puede plasmarse del siguiente modo (véase Modelo para armar 2).

Ahora echemos un vistazo a la configuración actual del viejo ideal de la democracia.

Semblanzas democráticas en contienda después de la Guerra Fría

El final de la Guerra Fría arrojó un rotundo ganador en las postrimerías del siglo XX: los Estados Unidos de América. Acudiendo a la noción de “hegemonía”⁴¹ del

filósofo y pensador político italiano de la fase de entreguerras Antonio Gramsci, puede anotarse que lo que en algún momento fue un cuerpo de ideas adjudicables a un grupo de personas o a una serie limitada de grupos (la democracia liberal) hoy por hoy se presenta y concibe como una fuerza motriz de expansión universal. Una fuerza sometida a un proceso desequilibrado donde suelen prevalecer los intereses del grupo dominante, pero solo hasta cierto punto. Así, el uso global de la palabra democracia tiende a evocar a los Estados Unidos como el prototipo de la democracia liberal, dejando de lado otro tipo de alternativas.

En un contexto hegemónico como el actual, no resulta del todo sorprendente que también tenga lugar un modelo hegemónico de democracia que gira en torno a la articulación entre la democracia liberal representativa y

41 Antonio Gramsci, *Cuadernos de la cárcel*, t. 1: cuadernos 1 y 2.

(México: Era, 1981), 187. La hegemonía aquí se da cuando un grupo social se impone en una colectividad hasta el punto que lo que conviene a este grupo social se convierte en parámetro para toda la sociedad, la cual incluso lo puede empezar a considerar como algo deseable.

lo que se ha denominado democracia de mercado. Respecto a la primera, se ha sostenido que en regímenes democráticos de gran escala –como son prácticamente todos los Estados contemporáneos– no parece existir otra salida política sino aquella de privilegiar canales de representación donde pocos, a nombre y en representación de muchos, en sociedades cada vez más complejas, toman las decisiones que hacen mover la maquinaria estatal.

Así, se ha generalizado una interpretación dominante que reduce e identifica el ejercicio de la democracia con la realización periódica de elecciones políticas. Este proceso es regido, entre distintos derroteros, por el principio básico de *una persona, un voto*. Cada persona vale por un voto, y viceversa. No obstante, sectores más preocupados por la autonomía de los sujetos en una democracia han reclamado que la “libertad de controlar la propia vida no es el tipo de poder que surge de las elecciones”⁴².

Se constata entonces un distanciamiento entre aquellos que, al momento de pensar en una democracia contemporánea, colocan un especial *énfasis en el debate electoral*, y otros que centran su atención en *debates distintos al electoral* para concebir dicha democracia.

Ahora bien, la consolidación del modelo de la democracia liberal representativa en un mundo globalizado, donde hoy predomina el lenguaje del capitalismo, ha producido un campo fértil para que crezca lo que varios han denominado la *democracia de mercado*⁴³. Como su nombre lo indica, el libre mercado o la libre competencia, así como la maximización de la riqueza –con la protección a las relaciones contractuales y de propiedad que allí tienen lugar– constituyen el eje de este tipo de democracia⁴⁴. En la práctica, esto se traduce en un claro predominio del valor de la *acumulación individual de capital* sobre aquel de la *redistribución social* del mismo⁴⁵. Al fin y al

Vista de la Bolsa de Valores de Nueva York.



Ryan Lawler (2008).



Andrés Bermúdez Liévano- La Silla Vacía.

Actividad 6

Para reflexionar

En términos de democracia, ¿para usted qué representan estas dos fotografías?
Utilice los conceptos planteados en este capítulo.

“La Puria vuelve a echar raíces”.

43 Por ejemplo, Bensaïd, “Permanent Scandal”, 19.

44 Para mayor información véase el capítulo 21 “Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991”, por Hernán Vallejo González.

45 Véase Boaventura de Sousa. *Democratizing democracy. Beyond the liberal democratic canon* (Londres - Nueva York: Verso, 2007), li.

Actividad 7

Para reflexionar

¿En qué medida la democracia es compatible o incompatible con el sistema capitalista?

Al responder la pregunta, incluya tres ejemplos de casos en los que le parezca compatible y otros en los que no.

cabo la democracia, en uno de sus sentidos contemporáneos, lo que busca es reflejar las preferencias individuales de los sujetos, esta vez en términos de patrones de consumo y de la posibilidad del enriquecimiento privado. Así, en las democracias modernas ha habido *preferencias tradicionalmente representadas* –las de los más acaudalados– y otras que por regla general no lo han sido –las de los desposeídos–. En una democracia de mercado las *preferencias individuales capitalistas* adquieren una preeminencia prácticamente indisputada. No ha ayudado mucho en este punto la mercantilización que ha sufrido la expresión misma del voto ciudadano: tanto por la descarnada compra y venta de votos como por la promoción de candidatos utilizando las mismas técnicas de mercadeo y gestión que se utilizan para promover productos en el mercado de bienes de consumo.

Por su parte, el pensamiento político liberal ha tendido a aceptar que *la democracia es compatible con el capitalismo*, mientras construcciones democráticas de otro tipo, como las socialistas –y las comunistas–, tienden a restarle influjo a la expansión incondicionada de la lógica capitalista, de tal modo que en esta clase de proyectos *la democracia no es necesariamente compatible con el capitalismo*. Con todo, la pregunta que suscita la hegemonía global de la democracia de mercado es hasta qué punto la propia *democracia se encuentra diluida en el capitalismo*. La politóloga y activista estadounidense Wendy Brown sostiene al respecto que “el capitalismo, el gemelo no idéntico de nacimiento de la democracia moderna y en todo caso el más robusto y astuto de los dos, ha terminado por reducir a la democracia a una simple ‘marca’”⁴⁶. Por ello, en una realidad donde parece prevalecer una suerte de *desdemocratización* –uno de cuyos síntomas más

evidentes es el predominio del capital sobre la política en múltiples casos, como aquellos de corrupción–, la idea sería incentivar esfuerzos conjuntos y mancomunados hacia la *redemocratización*⁴⁷.

Lo preocupante es que, hoy por hoy, las empresas o corporaciones tienden a tener mayor poder en los sistemas democráticos, de manera que parece probable que primen sus intereses por encima de los intereses de la mayoría o de la colectividad. Además, las decisiones de las corporaciones no son susceptibles de debate democrático y de hecho están protegidas por los mismos derechos que protegen la libertad y la privacidad de los individuos. Hoy, más que una simple intersección entre el poder corporativo –incluyendo el multinacional– y el poder estatal, lo que se ha presentado en distintos casos es una completa fusión de estas dos esferas. Es así como los ciudadanos vemos impasibles cómo prestigiosos banqueros y presidentes de empresas cambian su camiseta por la de ministros o presidentes de turno, o influyentes agentes



Andrés Montoya - Toxicómano.

46 Brown, “We are all democrats now...”, 44.

47 Brown, “We are all democrats now...”, 46-48, 54.

de negocios pasan a ser superintendentes de la entidad que antes los vigilaba, para luego volver al círculo de los negocios. Así, el poder del Estado termina siendo una palanca rendida e inclinada al servicio de los sectores más poderosos de capital y no al servicio del interés público⁴⁸.

El serio reto que plantea el predominio de la *democracia de mercado* es la paulatina banalización que puede llegar a ocasionar en la *democracia representativa*, ya que, si es excesiva la desigualdad entre los ciudadanos, también lo será la diferencia irreconciliable de sus intereses. También lo es para la *democracia participativa*, pues resulta poco posible argumentar que los poderes públicos, maniobrados por las empresas privadas, sean una forma de autogobierno de las mayorías.

Otro aspecto que también se ve en el debate contemporáneo sobre la democracia es el hecho de que esta se asuma “en un sentido universal”⁴⁹. Asimismo, se le ha considerado como un elemento político único e imprescindible: “con todas sus deficiencias, la democracia es el único mecanismo por el que el pueblo puede ejercer su poder y la única forma de libertad política factible en nuestro mundo”⁵⁰. Ante estas comprensiones, que tienden a valorar la *democracia como un bien universal*, existen otras que la vislumbran como un *bien no necesariamente universal*. Sin embargo, es claro su carácter incierto y mudable en la historia, que guarda relación con la *democracia noroccidental como el modelo a seguir*. Por esto se ha llegado a creer, de forma errada, que cualquier país, para ser civilizado, debe ser una democracia al estilo de las de Norteamérica o Europa. De forma relacionada, también se ha hablado mucho sobre las condiciones estructurales que debe cumplir una sociedad determinada para ser clasificada como una democracia, en medio de un contexto geopolítico donde la hegemonía ciertamente se encuentra en juego⁵¹.

48 No por casualidad, en distintas partes del mundo se ha difundido una sensación de gran inconformidad que ha llevado a la conformación –y a la continuación– de causas como la del movimiento de los indignados.

49 Robert Dahl, *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control* (México: Alianza, 1991), 12.

50 Przeworski, *Qué esperar de la democracia*, 27.

51 Robert Dahl, por ejemplo, enumera ocho condiciones que permiten comparar los distintos regímenes del planeta de acuerdo “con la amplitud con que facilitan la oposición, el debate público o la lucha política”. *La poliarquía. Participación y oposición* (Madrid: Tecnos, 1989), 14.

Actividad 8

Para investigar

Investigue un caso en el cual usted considere que las decisiones que están siendo tomadas por funcionarios públicos y que afectan a toda la ciudadanía obedecen a intereses económicos particulares. Un ejemplo puede ser la decisión del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, sobre el tema del servicio de basuras. Otro ejemplo puede ser la consulta ciudadana de Piedras, Tolima, rechazando la explotación minera en su municipio, y la negativa del gobierno nacional a reconocer esta consulta como vinculante. Una tercera alternativa puede ser la protección de la propiedad intelectual de ciertas semillas de maíz.

A partir del caso, responda en qué medida considera que esa situación afecta o no la posibilidad de una democracia representativa y de una participativa.

En el ámbito de la teoría de la democracia, distintos sectores han señalado de manera directa que *la democracia noroccidental no es un modelo necesario a seguir*⁵². En este caso, se alude a un significado de democracia que de manera frecuente pasa inadvertido, aunque forma parte de la estructura de su concepción moderna. Se trata de la democracia como rechazo a la implantación de cualquier forma colonial de poder⁵³. Se refiere al “autogobierno del pueblo en contraste con la aristocracia, la oligarquía, la tiranía así como con la condición de encontrarse colonizado u ocupado”⁵⁴ por algo o alguien. Bajo esta premisa se ha señalado que la democracia liberal, como ideal en la práctica, lo que ha hecho es legitimar el dominio de

52 Incluso para varios, dicho paradigma constituye un modelo imperante que debe ser resistido. Al respecto, el sociólogo portugués de Sousa Santos, en *Democratizing democracy*, xxxi, precisa que “se encuentra en el centro de la globalización alternativa una fuerte tensión entre formas contra-hegemónicas de democracia de alta intensidad y formas hegemónicas de democracia de baja intensidad”.

53 No se debe olvidar que porciones importantes del significado moderno de democracia se construyeron al trasluz del objetivo político de expulsar grandes poderes asumidos como ilegítimos por absolutos y –en cierto sentido– coloniales, en escenarios como las revoluciones norteamericana, francesa y rusa.

54 Brown, “We are all democrats now...”, 45.

unas élites “blancas” –europeas o norteamericanas– sobre otras poblaciones y de unas naciones sobre otras, y las formas de violencia y explotación que perpetúan dicho dominio. Por su parte, frente a la tradición de grandes cuerpos de la teoría de la democracia moderna, para los que, por regla general, ha sido *irrelevante el asunto etnocéntrico y colonial*, surgen otros que le confieren suma *importancia a dicho asunto*, para oponerse y denunciar la dominación entre razas y naciones en el mundo⁵⁵.

En este debate contemporáneo sobre la democracia también se incluye el modo como esta ha sido comprendida según su propósito y finalidad. En una gama compleja de posturas podría colocarse, en un extremo, la posición que ve la democracia como una *forma* –paradigmáticamente, la forma del *proceso democrático*–, mientras, en el otro, se encuentra una noción de democracia como *contenido*: una agenda de empresas y causas atada a un conjunto más o menos preciso de valores.

La identificación de la democracia⁵⁶ como un proceso quizás tuvo como su máximo exponente en la primera parte del siglo XX a Hans Kelsen, quien señaló que una adecuada teoría democrática del Estado debería constituirse como una “tendencia anti-ideológica, enderezada a lograr un conocimiento objetivo y libre de valores, en el que se ponga de relieve la relatividad de todas las antítesis aparentemente absolutas”⁵⁷ que tienen lugar en el proceso democrático. Aquí la democracia consiste en una suerte de “libre mercado” de orientaciones políticas que se “relativizan” entre sí, en un *proceso democrático asumido como un canal no visiblemente atado a un conjunto particular de causas y valores*. De otro lado, las concepciones de democracia como contenido, comprometidas con una agenda particular, tienden a aceptar que *la*

democracia como tal se encuentra atada a un conjunto de causas y valores que la guían. Si la democracia incentiva ciertos valores, se esperaría no tanto que el sujeto se prepare *para* la democracia, sino que se entrene y prepare *a través* de la democracia⁵⁸, asumiendo y llevando a la práctica *valores democráticos* en su vida⁵⁹.

Para ello, no se debe olvidar que la democracia, si bien constituye una *forma de gobierno*, no se reduce a ella ni al *statu quo* que usualmente lo acompaña. Puede incluir una dosis significativa de inconformidad e indignación con el estado de cosas del mundo que nos rodea para cambiarlo de manera democrática, pues, al fin y al cabo –acudiendo al clamor rousseauiano–, la democracia también entraña una *política de resistencia*⁶⁰.

Así, en un extremo del eje analítico podemos colocar las expresiones de la democracia que se han tomado como lo que la democracia debe ser, denominadas las expresiones hegemónicas de la democracia. Se trata de la democracia de mercado, la democracia liberal representativa con énfasis en el debate electoral y la defensa del capitalismo como tema central para la democracia, donde los individuos pueden expresar sus preferencias individuales en la democracia como en el mercado.

Actividad 9

Para reflexionar

1. ¿Cuáles cree que son los límites de la discrepancia en una democracia?
2. ¿Cuál sería la idea hegemónica sobre este punto y cuál la idea no hegemónica?
3. Piense en algo de la democracia colombiana que le indigne y manifieste esa indignación (sea creativo).

55 Para mayor información, véase en este libro el capítulo 16 “Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia”, por Libardo Ariza Higuera.

56 Véase el concepto de democracia y sus instituciones en el capítulo 5, “El andamiaje del Estado colombiano: fichas y modelos para armar”, por Antonio Barreto Rozo.

57 Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, 128. Con ello quería oponerse a una postura, en su opinión, altamente ideologizada y atada a un conjunto inapropiado de valores autocráticos como lo era la “democracia social o proletaria” (p. 99). Por eso, para este autor, “solo el tipo democrático es capaz de juzgar objetivamente la forma estatal que le está ordenada” (pp. 128-129). Santos, *Democratizing democracy*, xxxviii, llama a esta postura “procedimentalismo kelseniano”.

58 Esta distinción la realiza el premio Nobel, filósofo y economista indio Amartya Sen, “Democracy as universal value”. *Journal of Democracy*, 10 (1999): 4.

59 El fin, en este caso, no justifica todos los medios, en contraposición a la máxima desprendida del sistema de pensamiento político atribuido al italiano Nicolás Maquiavelo. En efecto, medios de tendencia democrática son los que llevan con mayor probabilidad a obtener fines de la misma índole.

60 Esta diferencia en el significado de democracia la realiza la activista y pensadora política Wendy Brown, “We are all democrats now...”, 56.

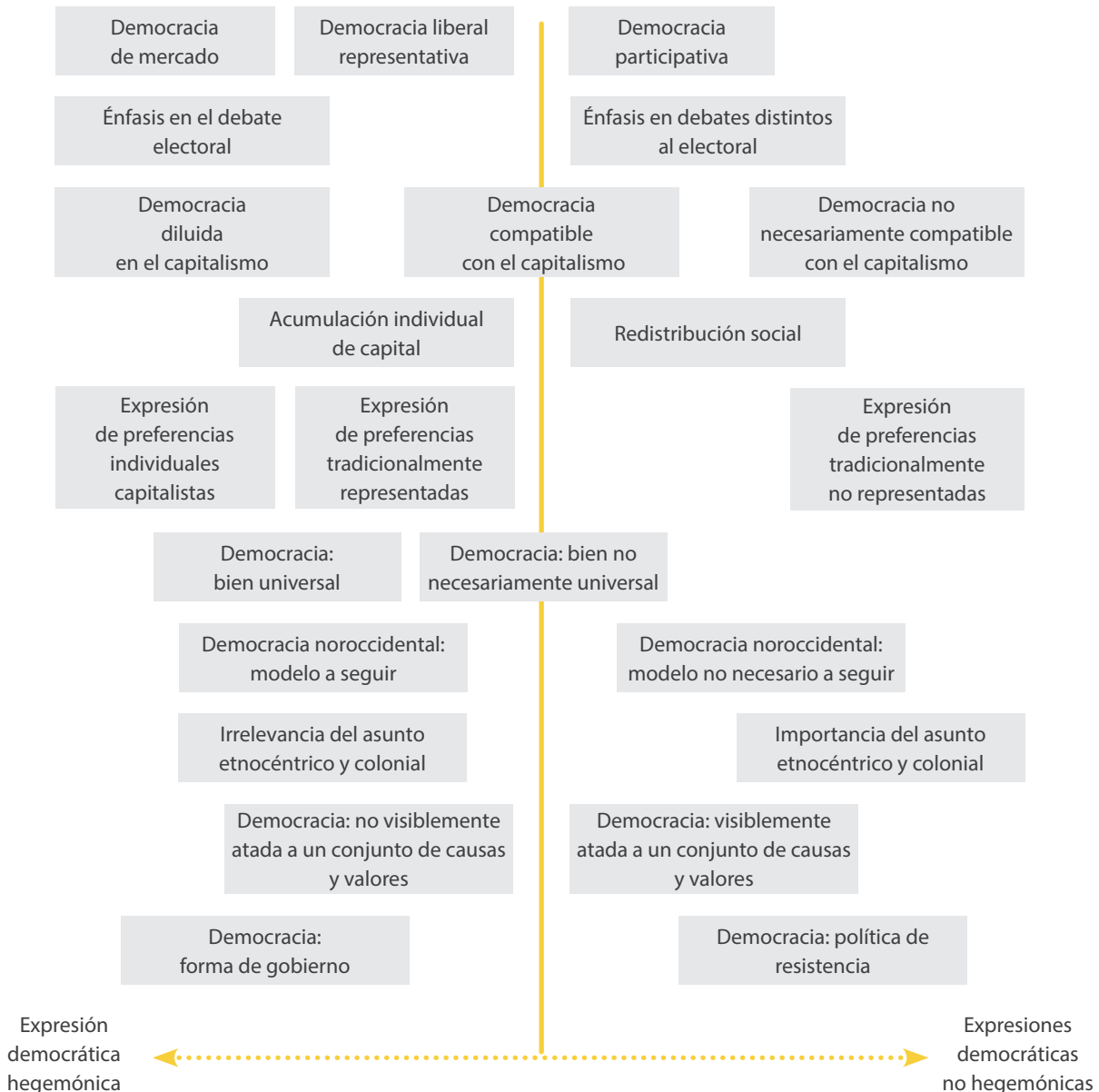
En esta se considera dicha democracia como un bien universal que debe seguirse como proceso en todo el mundo. Por tanto, se concibe como una forma aceptada de gobierno que no necesariamente se encuentra atada a un contenido específico. Por otro lado, desde la idea de la democracia como resistencia al poder, vemos una democracia participativa que hace énfasis en debates, más

allá de lo electoral, que busca modelos económicos diferentes al capitalismo, que enfatiza la redistribución de la riqueza, la defensa de las minorías y la resistencia a la injusticia social.

Las fichas o elementos de la democracia examinados en esta sección final pueden graficarse como aparece en el Modelo para armar 3.

Modelo para armar 3

La democracia en el contexto actual



Consideraciones finales

A lo largo de este capítulo se han explorado distintos planos concordantes y discordantes en el movedizo campo de la democracia, los cuales dejan ver que el propósito democrático no es una empresa acabada. La realidad actual parece indicar que cada vez es más difícil asumir una responsabilidad genuina, por el exigente encargo del autogobierno –colectivo e individual– que la democracia lleva en su seno. Fácilmente pensamos y hacemos lo que se nos dice, sin siquiera reparar en toda la serie de poderes que dominan nuestro entorno, nuestros proyectos de vida, en no pocas ocasiones de forma deshonrosa e injusta. Se ha planteado en infinidad de ocasiones si en realidad la democracia es alcanzable, pero ¿qué hacemos cada uno de nosotros y cómo luchamos de manera cotidiana por alcanzarla?

Actividad 10

Para reflexionar

Ubique en la forma que considere conveniente y adecuada las fichas de análisis propuestas en los tres modelos para armar planteados en el texto, proponiendo el sistema ideal de democracia ubicado en algún lugar de los continuos descritos (entre ellos, soberanía popular-soberanía estatal; liberalismo-marxismo; expresión democrática hegemónica-expresión democrática no hegemónica) o ¡construya sus propias fichas y modelos de su democracia para armar!

Glosario

Autogobierno. Gobierno ejercido por el pueblo no obedece a nadie más que a sí mismo—, en el que nada se puede oponer o resistir a su voluntad, por ser el pueblo quien genera o cambia las reglas del juego político.

Contractualismo. Corriente de pensamiento político que recurre a la idea de un acuerdo entre los individuos para fundar la legitimidad del Estado. Este es legítimo en la medida en que los asociados hayan consentido en hacer parte de él, expresa o tácitamente.

Poder constituido. Poder del gobierno establecido.

Poder constituyente. Poder fundacional de los asociados por voluntades individuales (i.e. el pueblo).

Soberanía. Ejercicio de la voluntad en el que el pueblo ejerce el derecho a elegir a sus gobernantes y darse sus leyes y a que le sea respetado su territorio.

Material de apoyo

Videos, películas y documentales

- *El baile rojo: memoria de los silenciados* (Yezid Campos, 2003). Documental que recoge testimonios de víctimas y sobrevivientes del genocidio perpetrado contra la Unión Patriótica y el Partido Comunista.
- *Tierra de ratones* (Th. C. Douglas). Fábula política. En línea: http://www.youtube.com/watch?v=UtTW72F8xo0&feature=player_embedded

Literatura

- *Ensayo sobre la lucidez* (José Saramago, Alfaguara, 2004). Durante las elecciones municipales de una ciudad sin nombre, la mayoría de sus habitantes decide individualmente ejercer su derecho al voto de una manera inesperada. El gobierno teme que ese gesto revolucionario, capaz de socavar los cimientos de una democracia degenerada, sea producto de una conjura anarquista internacional o de grupos extremistas desconocidos. Las cloacas del poder se ponen en marcha: los culpables tienen que ser eliminados. Y si no se hallan, se los inventa.
- *Libro de Manuel* (Julio Cortázar, Alfaguara, 1998). Novela política. Una síntesis polémica de sus búsquedas estéticas y su interés por los movimientos revolucionarios del Cono Sur en las décadas de los sesenta y setenta.

Referencias bibliográficas

Agamben, Giorgio. "Introductory note on the concept of democracy". En Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* Nueva York: Columbia University Press, 2009, 1-5.

Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la Regeneración*. Bogotá: Uniandes, 2011.

Bensaïd, Daniel. "Permanent Scandal". En Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* Nueva York: Columbia University Press, 2009, 16-43.

Berlin, Isaiah. "Dos conceptos de libertad". En *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1996 [1969], 187-243.

Brown, Wendy. "We are all democrats now...". En Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* Nueva York: Columbia University Press, 2009, 44-57.

Dahl, Robert. *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989 [1971].

_____. *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*. México: Alianza, 1991 [1982].

Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

Gramsci, Antonio. *Cuadernos de la cárcel*. T. 1: Cuadernos 1 y 2. México: Era, 1981 [1929-1930].

Kant, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Salamanca: Sígueme, 1994 [1788].

Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*. México: Editora Nacional, 1970 [1925].

_____. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002 [1920].

La Sagrada Biblia. Nuevo Testamento: "Primera carta del apóstol San Pablo a los Corintios". Bilbao: Desclée de Brouwer, 1975.

Lenin, Vladimir Ilyich. *Dos tácticas de la socialdemocracia en la revolución democrática*. Madrid: Akal, 1975 [1905].

Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa, 2008 [1690].

Marcuse, Herbert. *El hombre unidimensional*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1985 [1964].

Marx, Karl. *El Capital. Crítica de la economía política*. Vol. I. México: Fondo de Cultura Económica, 1946 [1867].

_____. *Crítica del programa de Gotha*. Bogotá. Círculo Rojo, 1969 [1875].

_____. "La cuestión judía". En *Manuscritos de París. Anuarios francoalemanes 1844, Obras de Marx y Engels*. Vol. 5. Barcelona: Crítica, 1978 [1843], 178-208.

_____. *Manuscritos de París. Anuarios francoalemanes 1844. Obras de Marx y Engels*. Vol. 5. Barcelona: Crítica, 1978 [1844].

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Madrid. Tecnos, 2000 [1735].

Partido Comunista de China. *Estatutos*. Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1956.

Przeworski, Adam. *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o Principios de derecho político*. Bogotá: Tecnos, 1987 [1762].

Santos, Boaventura de Sousa. *Democratizing democracy. Beyond the liberal democratic canon*. Londres - Nueva York: Verso, 2007.

Sen, Amartya. "Democracy as universal value". *Journal of Democracy*, 10 (1999): 3-17. The Johns Hopkins University Press.

Sieyès, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid: Alianza, 1994 [1789].

Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Guadarrama, 1969 [1835-1840].

Unger, Roberto Mangabeira. *Democracy realized. The progressive alternative*. Londres - Nueva York: Verso, 2001.

La distribución de los recursos y la función del Estado

Helena Alviar García

Derechos económicos,
sociales y culturales
liberalismo clásico *liberalismo*
Estado Social de Derecho *intervencionista*



Objetivos de aprendizaje

- Comprender las diferencias teóricas entre el Estado liberal clásico, el Estado intervencionista y el Estado Social de Derecho.
- Desarrollar las distintas concepciones de Estado estudiadas en casos prácticos.
- Ampliar la comprensión del problema de la pobreza a partir del estudio de los modelos occidentales de Estado: liberal clásico, intervencionista y social de derecho.
- Construir posibles soluciones a diversas problemáticas sociales, recogidas en casos prácticos, mediante el desarrollo de las distintas concepciones de Estado estudiadas.



Guía de estudio

La pobreza, incluso la extrema, es un problema que hace parte de la vida cotidiana en el mundo. Por ello, a partir de la pregunta por cuál debe ser el papel del Estado frente a la pobreza, se analizará en este capítulo cómo el liberalismo clásico (también llamado neoliberalismo) y el liberalismo intervencionista (y su modelo de Estado de bienestar) manejan dicho problema. En el primero, el Estado tiene una responsabilidad limitada en la distribución de recursos. Su objetivo principal es que funcionen bien los mercados, de los que se espera que traerán prosperidad y el fin de la pobreza. En el segundo, el Estado es directamente responsable de aliviar la pobreza a través de la prestación de servicios y la dotación de bienes sociales. ¿Cuál cree usted que responde mejor a las necesidades de los colombianos? A lo largo de este capítulo y por medio de ejemplos veremos cómo se les ha dado respuesta a estas preguntas.

Introducción

Después de varios anuncios y amenazas, el 19 de agosto de 2013 comenzó el Paro Nacional Agrario, donde campesinos de todas las regiones del país pararon sus labores y salieron a las carreteras para protestar y pedir un cambio en la forma como se atiende a las problemáticas del campo. Los manifestantes denunciaban un abandono por parte del Estado y aseguraban que hacía falta la implementación de políticas públicas que contrarrestaran los problemas del campo. De acuerdo con las denuncias, por más de veinte años los gobiernos implementaron un sinnúmero de políticas agrarias con las que el Estado ha ido reduciendo su intervención en la economía. Bajo este modelo, el Estado únicamente debe expedir normas que promuevan el acceso al mercado y faciliten el libre comercio. Ejemplo de estas políticas es la reglamentación e implementación de tratados de libre comercio (TLC) como el que firmó con Estados Unidos.

Los campesinos rechazaban un modelo de Estado con escasa intervención en los mercados agrarios. En su lugar, exigían la intervención para garantizar precios mínimos de compra de cosechas, la construcción de infraestructura para facilitar la comercialización de los productos agrícolas de las diferentes regiones, la entrega de subsidios a los insumos necesarios en el campo y la imposición de tarifas a la importación de algunos bienes que compiten con la producción nacional. Adicionalmente, le pedían al gobierno mayor control en la distribución de los recursos nacionales para garantizar el acceso a la propiedad rural y a la vivienda, así como el derecho a la educación y la salud.

Actividad 1 Para investigar

Consulte en diferentes medios de comunicación información sobre el paro agrario del 19 de agosto de 2013 y, a partir de ella, elabore dos columnas: en la primera escriba las razones de los campesinos para protestar y en la segunda, las razones del gobierno para insistir en el modelo de mínima intervención en los mercados agrícolas. Más adelante volveremos sobre ello.

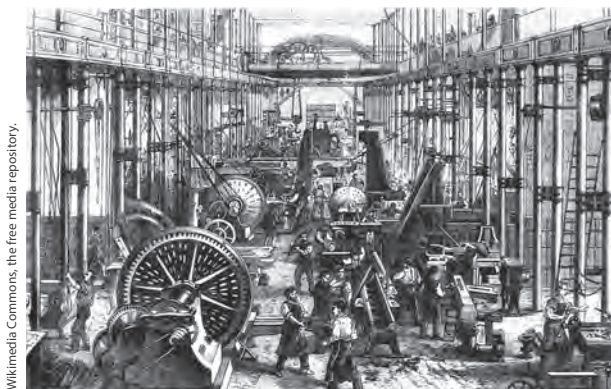


En Colombia, según la Constitución de 1991, el modelo de Estado vigente es el Estado Social de Derecho. Para comprender mejor el problema de la pobreza, hay que responder a las preguntas: ¿cómo se define dicho Estado la Constitución Política colombiana?, ¿garantiza o no dicho Estado el tipo de intervención en los mercados de productos agrícolas que piden los campesinos? El Estado Social de Derecho es un punto medio entre un Estado liberal clásico y uno de bienestar o intervencionista. Esto significa que se debe proteger la iniciativa individual y el libre mercado, pero a la vez se debe intervenir en la distribución de recursos para –de manera progresiva– garantizar acceso al mercado a todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, no siempre es claro qué quiere decir esto en términos de programas y políticas concretas.

La Corte Constitucional colombiana busca, por medio del concepto de Estado Social de Derecho, superar las críticas al liberalismo clásico, a la teoría marxista –teorías contrapuestas– e incluso a la síntesis histórica del Estado bienestar, para trascender las contradicciones de los diferentes modelos y construir un Estado mejor y más fuerte. Por tanto, antes de continuar con esta caracterización del Estado Social de Derecho, hay que comprender los puntos más importantes del liberalismo clásico y de la teoría marxista, así como sus críticas mutuas. Por tal razón, a lo largo de este capítulo, primero explicaremos el liberalismo clásico y la teoría marxista y luego nos adentraremos en el modelo intervencionista, con su propuesta de Estado bienestar, para examinar la influencia de los modelos de Estado en los problemas planteados y en la definición del Estado Social de Derecho.

Liberalismo clásico versus marxismo

El liberalismo clásico se caracteriza por centrarse en el individuo, el cual se entiende como un ser racional que está en capacidad de conocer sus propios intereses y actuar de forma individual y lógica para alcanzarlos. Esto significa que el liberalismo define al individuo a partir de su libertad para alcanzar sus intereses personales. Por ello cualquier orientación social, política o económica se evalúa en relación con la libertad. Pero el ejercicio de la libertad no se da de forma aislada, pues esta se desarrolla a través de las relaciones entre personas. Es decir, la libertad se materializa en las comunidades, donde el individuo obtiene los recursos necesarios y suficientes –como



Wikimedia Commons, the free media repository.

Fábrica de Richard Hartmann en Chemnitz, Sajonia (1868).

la tierra, el trabajo y el capital– que le permiten poner en práctica su libertad.

Para el liberalismo, los individuos libres son aquellos que son dueños de sí mismos y de su trabajo: la riqueza que producen la pueden acumular y es tan propia como su cuerpo. En principio, cada persona puede acumular sin restricción, hasta donde le den sus fuerzas. Sin embargo, dada la dificultad para que un individuo a través de su trabajo obtenga todo lo que necesita, los mercados le permiten intercambiar algunos bienes propios (incluyendo su trabajo) por otros que necesite y no pueda producir. La libertad entonces no implica solo ser dueño de sí mismo y de su trabajo, sino poder intercambiar bienes libremente con otras personas. La comunidad es el espacio de intercambio y asociación para vivir mejor, pero siempre en libertad.

Dada la necesidad de los individuos libres de intercambiar cosas, para el liberalismo clásico la mejor forma de hacerlo y la más eficiente es el mercado. Por medio de estas leyes de oferta y demanda permiten el intercambio libre y eficiente de recursos. Esta es la forma de distribuir los recursos que genera menos costos y más beneficios para los individuos.

El Estado –y, en consecuencia, el derecho estatal (la ley)– es necesario en este mundo de comunidades de individuos libres para garantizar la seguridad de los ciudadanos en su vida y propiedad, así como la de los intercambios entre las personas. Si bien es cierto que en el liberalismo los individuos necesitan tanto esta garantía de seguridad como la comunidad que permite los mercados, los derechos individuales priman sobre los de la

comunidad. La ley debe asegurar entonces tanto la seguridad como la primacía de los derechos individuales.

Bajo esta teoría, el poder del Estado está restringido por la libertad individual y sus funciones deben limitarse a la protección de esta y a la seguridad. Esto significa que el Estado es garante de la seguridad, pero tiene límites en lo que puede hacer para garantizarla. En consecuencia, en un Estado liberal clásico es muy importante la protección de libertades tales como el derecho a la propiedad, el voto y las libertades de expresión, religión y asociación frente al poder del Estado. Estas se denominan *libertades civiles* –entendiendo civil como la vida en comunidad–, lo que quiere decir que los individuos, así estén en comunidad y bajo el poder de un Estado, conservan siempre su libertad básica de ser dueños de sí mismos. Por último, el liberalismo clásico considera que las sociedades progresarán en riqueza y, en últimas, en felicidad, en la medida que tengan gobiernos democráticos en los que todos los individuos pueden elegir a sus gobernantes y estos respetar las libertades de los individuos.

En el siglo XIX, el Estado liberal clásico fue la principal forma de Estado en varios países de Europa, especialmente en Inglaterra. Con el surgimiento de la industria mecanizada (la llamada Revolución Industrial) aparecieron nuevas clases sociales: grandes grupos de trabajadores de las nuevas fábricas. Las condiciones de trabajo de estas personas eran lamentables: los salarios eran muy bajos, no había descansos ni vacaciones, los días laborales se extendían a 12 y 14 horas y los niños también trabajaban. Incluso había empleadores que encadenaban a las personas a las máquinas para que no abandonaran los puestos de trabajo. Sin embargo, no había muchas alternativas. Las personas no tenían más que su trabajo para producir riqueza. Actividades asociadas con la pobreza –como la mendicidad o dormir en la calle– se castigaban con cárcel.

En este contexto, Karl Marx produjo una fuerte crítica al liberalismo clásico, hoy conocida como el marxismo. Para Marx, la libertad de los liberales clásicos resultaba en la explotación de los trabajadores por los dueños de las fábricas y en su enorme miseria y sufrimiento. Era claro que los intereses de los empleadores (a quienes llamará capitalistas, porque ponían el capital, o sea, el dinero) eran opuestos a los de los trabajadores: mientras a los

Actividad 2

Para reflexionar

Lea la siguiente cita de Thomas Jefferson:

“Cuando la gente le teme al gobierno, hay tiranía; cuando el gobierno le teme a la gente, hay libertad”.

Responda y sustente si esta afirmación sería compartida por el liberalismo clásico.

primeros les convenía pagar salarios mínimos y no dar descansos, a los segundos les convendrían salarios altos y descansos remunerados o, incluso, también ser dueños de la fábrica en la que trabajaban. Fue así como Marx desarrolló una teoría que caracteriza la sociedad por la lucha de grupos con intereses económicos opuestos –las clases sociales¹–, no por la colaboración e intercambio entre individuos libres.

Estas clases sociales están determinadas por su relación con la propiedad de los medios de producción, como las fábricas en la Revolución Industrial. Los medios de producción son el conjunto de formas tecnológicas que los seres humanos adoptan para satisfacer sus necesidades y que exigen un proceso de cooperación e interacción social –trabajo– para producir riqueza. Para el marxismo, el tipo de control sobre los medios de producción determina el modelo económico. En las sociedades capitalistas, estos están dominados por una minoría que no permite que los trabajadores tengan control de los medios de producción y que se quedan con la riqueza que producen los trabajadores con su trabajo, pagando muy poco a cambio. Esta forma de explotación se traduce en una división de clases entre capitalistas y trabajadores, explotadores y explotados.

Marx contrapone el ideal de la emancipación al ideal de la libertad (el individuo que es dueño de sí mismo). La emancipación hace referencia a la liberación de los esclavos: para Marx, en las sociedades capitalistas con Estados

1 Para ampliar este tema, el lector puede remitirse a los textos de Helena Alviar García, “¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado social de derecho?” *Revista de Derecho Público* 22 (2009), 23, y *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina* (Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2008), 11-13.

Tabla 1 Ideas liberales frente a ideas marxistas

	Liberalismo	Marxismo
Concepto de ser humano	El individuo.	El individuo definido por su ubicación en una estructura de clase.
Fines de la vida en común	Libertad-igualdad.	Emancipación.
Tipo de propiedad	Propiedad privada.	La comunidad posee los medios de producción.
Forma de distribución de recursos sociales	El mercado distribuye los recursos libremente.	El Estado distribuye los recursos.
Definición de la historia	Narrativa progresiva para lograr la libertad de los individuos.	Narrativa progresiva para lograr la emancipación.
Motor del progreso	Trabajo individual.	Lucha de clases.
Tipo de Estado	Democracia-Estado de Derecho.	Dictadura del proletariado.

Fuente: Alviar, *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*, 13.

liberales clásicos, los trabajadores viven vidas de explotación y miseria, parecidas a las de los esclavos, que no son dueños de su cuerpo. Por tanto, no pueden generar riqueza para sí mismos, solo para sus amos. A estos trabajadores los llama los proletarios –en oposición a los capitalistas– y propone la emancipación de estos para poner fin a la explotación en la sociedad. También sugiere acabar con el capitalismo para terminar con la concentración de la propiedad de los medios de producción en pocas manos.

Los marxistas proponen la emancipación revolucionaria de la clase trabajadora para acabar con la explotación. Para cumplir con este fin, aseguran que es necesario eliminar la propiedad privada de los medios de producción y que sea la comunidad –no unas pocas personas– la que los controle, así como la distribución y el intercambio. El Estado, entonces, en representación de la comunidad, repartiría los recursos a quienes los necesiten, para que nadie viva en la miseria. Esto lo conciben en dos etapas históricas: en la primera el Estado dirige las fuerzas productivas y distribuye las riquezas, y en la segunda no se necesita la intervención, porque desaparecerán las clases sociales y terminará la explotación del hombre por el hombre. A cambio, regirá el gobierno de los pobres, también llamado dictadura del proletariado.

En el siglo XIX, además de la crítica marxista, surge una crítica socialista que también señala los errores del

liberalismo clásico. Para los socialistas, el liberalismo se equivoca al suponer que los seres humanos son, antes que nada, individuos que buscan ser felices y libres. Dicen que el ser humano es un ser social y que el sentido de su existencia es la solidaridad y los lazos que unen a las diferentes comunidades en sociedades cada vez más complejas. Como tal, dicha crítica propone un Estado y un derecho estatal que promuevan y garanticen los lazos de solidaridad. No es necesario en este modelo que los medios de producción sean comunes, sino que sus dueños y el Estado se guíen por los principios de solidaridad que obliguen al pago de salarios justos, condiciones de trabajo decentes y, en general, una buena vida material para todas las personas en una sociedad.

Durante el siglo XX, las demoledoras críticas del comunismo y del socialismo a los efectos sociales del liberalismo clásico darán pie a una nueva corriente dentro del liberalismo: el liberalismo intervencionista o Estado de bienestar o benefactor. Esta corriente toma elementos de las críticas y forma este nuevo tipo de liberalismo, que se explicará en la siguiente sección.

El Estado benefactor o intervencionista

El liberalismo intervencionista y su propuesta de Estado benefactor surgen como producto de la indignación de intelectuales y políticos ante las condiciones inhumanas impuestas a los trabajadores desde la Revolución

Industrial. Dado que uno de los pilares del liberalismo es el respeto por el individuo y la dignidad humana, era necesario revisar los fundamentos filosóficos, político-jurídicos y económicos para evitar tal degradación. De esta forma, se empezó a reevaluar la concepción utilitarista de la libertad y del papel del Estado en la sociedad y en la distribución de los recursos. Para ello los liberales regresaron a sus raíces filosóficas en el utilitarismo.

El utilitarismo propuesto por Jeremy Bentham, filósofo liberal, plantea que todos los seres humanos por principio buscamos la felicidad, es decir, maximizar el placer y reducir el dolor. Por tanto, la sociedad y el gobierno deberían buscar maximizar la felicidad del mayor número de personas, siguiendo el principio de utilidad que busca el mayor bien posible para el mayor número de personas. De acuerdo con esto, John Stuart Mill, seguidor de Bentham, reformuló la definición de la libertad a partir de los postulados utilitaristas y, relacionando felicidad y utilidad, argumentó que la gente debía valorar o juzgar las ideas, las instituciones y las acciones teniendo como base su utilidad. Es decir, si ellas maximizaban la felicidad del *mayor número de personas*. Esto implica que un buen Estado, una buena institución o una buena acción se evalúan en cuanto producen bienestar o felicidad para el mayor número de personas.

Para Mill, el papel del gobierno debe ser garantizar siempre la libertad, porque esta es necesaria para la felicidad. Así, la libertad involucra una concepción social, además de individual: se refiere a una cualidad tanto de la sociedad como de las personas que la integran. Las personas libres existen en sociedades libres y solo en estas pueden ser felices. Por eso es imposible que un gobierno sea liberal simplemente por permanecer al margen de la vida de los individuos, si al hacerlo permite que sucumban en la miseria. La función del gobierno liberal es apoyar la existencia de una sociedad libre, donde cada cual pueda adelantar su vida como le plazca, siempre que no interfiera en la capacidad de los demás de ser igualmente libres. Esta misión tiene como fin último no la sola libertad, sino la felicidad, y la libertad es un componente, aunque esencial, de esa felicidad. En esa medida no puede ser indiferente al sufrimiento causado por la pobreza².

² Para profundizar sobre el tema, el lector puede remitirse a los textos de Alviar, "¿Quién paga o debe pagar...?", 23, y *Derecho, desarrollo y feminismo*, 11-13.

El utilitarismo de Mill le asigna un papel al gobierno no solo en el alivio del sufrimiento, sino en la formación de los ciudadanos. La libertad política y la social son las herramientas fundamentales que le permiten al individuo que vive en sociedad vivir su propia vida y desarrollar sus rasgos y capacidades personales. Es decir, que una buena sociedad debe ser aquella que permita la libertad y la oportunidad de *formas de vida libres y satisfactorias*. Como se explicó, la libertad no es solo un bien individual, pues también es un bien social³, y aunque el gobierno no puede hacer que la gente sea buena por ley, para garantizar esa felicidad social sí puede suprimir muchos de los obstáculos que pudieran interferir en la vía de su desarrollo moral.

Mill considera que la pobreza extrema, además de ser una fuente de dolor, tiende a provocar cierta degradación moral y a evitar la participación plena de los individuos en las decisiones políticas que afectan sus vidas. Es decir, su capacidad para tener libertad política. En otras palabras, la pobreza extrema es un límite a la libertad. La teoría de Mill fue importante para el liberalismo, porque intentó que este abandonara el egoísmo y propagó la idea de que el bienestar social es el interés de todos los

Actividad 3

Para reflexionar

¿Qué libertades piensa que no puede ejercer de manera efectiva una persona que está en condiciones de pobreza extrema? ¿Por qué?



Miguel Alejandro Gómez Mejía.

³ John Stuart Mill, *On Liberty* (s.l.: Hackett, 1978).

hombres, en cuanto seres morales individualmente considerados y parte de una sociedad libre.

Estas reformulaciones del liberalismo clásico se concretaron a principios del siglo XX en una nueva concepción del Estado: el Estado benefactor, que intenta garantizar los derechos sociales a sus miembros para protegerlos de la miseria y del sufrimiento que esta causa. Estos derechos sociales se encuentran al mismo nivel de los derechos de propiedad: son inviolables y se otorgan por el simple hecho de ser ciudadano. Son derechos que se concretan en servicios que apuntan principalmente al mantenimiento de un mínimo nivel de vida, independientemente de las fluctuaciones del empleo y del mercado en general. Para lograr esto, muchos países crearon mecanismos que aseguraban la educación, la salud, la recreación y la atención de contingencias familiares especiales, como el desempleo, la vejez, la muerte o la falta de vivienda. Además, en aspectos relacionados con la economía, el liberalismo intervencionista entiende que el Estado debe garantizar más aspectos que la seguridad, a través de la administración de justicia, el orden interno, la protección de la propiedad privada y de las fronteras. Por ello, el gasto público debe ser considerable, debido a la serie de obligaciones que tiene el Estado con sus ciudadanos, que incluyen tanto el bienestar como la seguridad.

Al ser el gasto público elevado, es necesario contar con ingresos altos que permitan el pago de dichos servicios. Para ello, el Estado de bienestar también optó por el cobro de impuestos como una de las principales fuentes de financiación, pero de manera diferente a como se realiza en el Estado liberal clásico, donde la tributación debía ser: 1) general: que se aplica por igual a todas las personas que se encuentran en la misma situación; 2) cierta: que debe tener una incidencia predecible sobre la población; 3) simple: ha de ocasionar los menores costos por recaudo; 4) notoria: los contribuyentes deben ser capaces de juzgar permanentemente si conviene o no el traslado de los fondos del sector privado hacia el sector público⁴. En cambio, en el Estado de bienestar la tributación tiene en cuenta las diferencias de renta y riqueza existentes en la sociedad, de modo que el deber fiscal, expresión de la solidaridad social, toma en cuenta

la capacidad contributiva de los sujetos y grupos y cobra más a los que tienen más. Dependiendo de la capacidad contributiva se determina la carga fiscal. Esta se asigna de tal manera que ayude progresivamente a alcanzar grados cada vez mayores de redistribución del ingreso nacional. Estos sistemas progresivos establecen pautas para dar un tratamiento diferencial a situaciones distintas, de manera que a mayor bienestar mayor cuota de impuestos, y viceversa⁵.

La dependencia del Estado de bienestar de los impuestos dio pie a una reacción en contra que considera que los impuestos son una intervención indebida en la libertad de los ciudadanos. El exponente más importante de esta corriente de pensamiento es Friedrich von Hayek, cuya postura y confrontación con el economista John Maynard Keynes se exponen en la siguiente sección.

Crítica y defensa del Estado benefactor: Hayek versus Keynes

Friedrich von Hayek es uno de los pensadores contemporáneos que defendió desde principios del siglo XX el liberalismo clásico por razones de eficiencia y de libertad. Según Hayek, el Estado no debe repartir recursos, ni siquiera a los más pobres, porque no es eficiente. Los costos de este tipo de acción son más altos que sus beneficios para la sociedad. Ello se debe a que para distribuir recursos el Estado en realidad no se guía por las necesidades de los más pobres, que son imposibles de conocer, sino por el criterio de los funcionarios públicos. Este es un proceso en el cual se desperdician muchos recursos, entre otras cosas en la burocracia que decide, recoge y reparte. Además, interfiere con la libertad individual y con la iniciativa privada, ya que las personas desisten de hacer nuevas inversiones por temor al Estado y sus impuestos. En cambio, para Hayek, cuando el mercado distribuye los recursos lo hace de una manera más eficiente, porque se ahorra los gastos de intermediación típicos de la distribución del Estado, así como los errores de criterio de sus funcionarios, y más democrática, porque en el mercado estamos todos y no solo los funcionarios: todos decidimos a quién le damos dinero y a quién no. Esto incluye las decisiones de caridad, que para Hayek deben

4 Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (Madrid: Alianza, 1994), 343.

5 Óscar Alviar Ramírez y Fernando Rojas Hurtado, *Elementos de finanzas públicas en Colombia* (Bogotá: Temis, 1985), 8.

ser promovidas. Como consecuencia, el mercado refleja la suma de las decisiones individuales de quienes están en la sociedad: qué queremos comprar, vender o donar, entre otras decisiones.

Para Friedrich von Hayek, a diferencia del socialismo, el Estado de bienestar no tiene un contenido definido y tampoco describe un sistema específico, por lo que es difícil contradecir sus indeterminados preceptos. En efecto,

según Hayek, este Estado implica un concepto elaborado de muchos elementos diferentes y, en ocasiones, hasta contradictorios. Para este economista austriaco, el Estado de bienestar está destinado a volver al socialismo o al comunismo o a reemplazarlo como principal enemigo de la libertad. En un Estado de bienestar el gobierno trabaja por una distribución más equitativa o más justa de los recursos y, en esa medida, los poderes coercitivos del gobierno los utiliza para asegurar que determinadas

Tabla 2 Hayek versus Keynes*

Pensadores	Friedrich von Hayek**	John Maynard Keynes
Vida	Filósofo, jurista y economista de la Escuela Austriaca. Fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1974.	Uno de los economistas británicos más influyentes del siglo XX. Perteneció a la Universidad de Cambridge.
Publicaciones	Es conocido principalmente por su obra <i>Camino de servidumbre</i> , publicada en 1944, en la que desarrolla su defensa del liberalismo y critica la economía planificada y socialista, que consideraba un peligro para la libertad individual, pues conducía al totalitarismo. En el libro señala que la intervención del gobierno en la economía destruye la libertad y vuelve a los hombres esclavos.	En una serie de ensayos, publicados en el libro <i>Essays in Persuasion</i> , y en otros textos, como <i>The Means to Prosperity</i> y <i>The General Theory of Employment, Interest and Money</i> , analizó cómo luchar contra la Gran Depresión por la que pasaba Estados Unidos y mostró al gobierno que sí era posible hallar soluciones manejando la economía.
Ideas defendidas	■ El Estado no debe intervenir en la economía. Cualquier intervención suya en ella significa un socialismo progresivo y, por ende, una amenaza a la libertad. ■ El socialismo carece de un sistema de control de precios que funcione correctamente. Por eso se debe permitir que funcionen las fuerzas del mercado sin intervenciones externas. ■ En un sistema competitivo hay que dejar trabajar autónomamente. ■ Si, como consecuencia de abstenerse de intervenir en el mercado, se presentan efectos negativos como el aumento de desempleo y desigualdad, estos deben ser aceptados como parte de las consecuencias inevitables que acarrea un sistema fundado en la libertad. ■ La lógica consiste en que la competencia suprima la competencia.	■ Es esencial la intervención del Estado en la economía para corregir fallas del mercado. ■ En momentos de crisis hay que hacer inversión pública. ■ Es necesario proteger a las personas del descontrol del mercado, que puede traer efectos negativos. ■ El gobierno debe mantener un bajo desempleo y dar poder de adquisición a los trabajadores, aunque esas políticas impliquen un Estado endeudado. ■ Hay que regular el mercado.

* Para profundizar, véanse los capítulos 2 y 3 de la serie Commanding Heights, episodio 1, “The Battle of Ideas Documentary”, capítulos 2. “The Old Order Fails” y 3. “Communism on the Heights”. http://www.pbs.org/wgbh/commandingheights/hi/story/ch_menu.html. Disponible también en YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=w9ms2WOZi74>

** Friedrich A. Hayek. *Camino de servidumbre* (Madrid: Alianza, 2007); “Hayek, filósofo de la libertad”. NewMedia UFM. http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Hayek%2C_fil%C3%B3sofo_de_la_libertad

personas obtengan beneficios particulares. Esto implica, necesariamente, un tratamiento desigual, lo cual es absolutamente incompatible con una sociedad libre. Cuando esto ocurre y las personas no pueden tomar decisiones relativas a los asuntos más importantes que los afectan, sino que deben limitarse a aceptar las tomadas por las autoridades, entonces serán únicamente las decisiones de las autoridades las que determinan lo que los hombres deben tener.

Por ello, Hayek asegura que los métodos empleados en un Estado de bienestar son coercitivos y esencialmente arbitrarios. Si bien algunos de los objetivos de este Estado pueden realizarse sin menoscabo de la libertad individual, no necesariamente se pueden lograr mediante métodos que la respeten. El peligro principal entonces es que, una vez que se acepta como legítimo el objetivo del gobierno, también pueden emplearse legítimamente incluso medios contrarios a los principios de la libertad⁶.

En teoría económica, la contraparte de Hayek es John Maynard Keynes, uno de los economistas británicos más influyentes del siglo xx. Keynes es famoso por proponer una teoría del capitalismo según la cual este funciona con ciclos de crecimiento y contracción. Esto quiere decir que naturalmente tiene épocas de bonanza, de las que se benefician muchas personas, y épocas de depresión, que sume a muchos en la miseria. El papel del Estado intervencionista es moderar los ciclos al invertir de forma masiva durante los períodos de contracción, evitando que se generen crisis económicas que puedan resultar en la depresión de la economía de un país. Las formas de invertir son variadas: por ejemplo, contratando trabajadores o creando nuevos programas sociales masivos. Además Keynes consideraba esencial la intervención del Estado en la economía para corregir fallas del mercado, por ejemplo, regulándolo para que no haya monopolios ni abuso fruto de posiciones dominantes, o para que se mantenga la calidad de los productos y no haya especulación de precios o engaños a los compradores. También Keynes apoyaba la inversión pública en momentos de crisis para proteger a las personas del descontrol del mercado, que puede traer efectos negativos como el

6 Friedrich von Hayek, *The Meaning of the Welfare State*, Christopher Pierson y Francis G. Castles, eds. (Cambridge: Polity Press, 2006), 90.

Actividad 4

Para reflexionar

1. Responda y sustente si, en su opinión, Hayek afirmaría que “la libertad significa responsabilidad; por eso la mayoría de los hombres le tiene tanto miedo” (George Bernard Shaw).
2. ¿Considera que Keynes estaría de acuerdo con que “la intervención del gobierno en la economía destruye la libertad y vuelve a los hombres esclavos”? Explique y luego ilustre esta idea con un caso concreto tomado de la prensa, que la confirme o la refute.

desempleo y la inflación, así estas políticas implicaran un Estado endeudado. Ello permitiría que realmente los mercados generaran mayor bienestar para un mayor número de personas, a pesar de su tendencia cíclica.

Estado Social de Derecho

Como se vio, el Estado benefactor o intervencionista se caracteriza por que el Estado tiene la obligación de proveer los servicios a los cuales tienen derecho los ciudadanos, como salud y educación. El grado en que los garantiza y a quién se los garantiza dependen del tipo de Estado benefactor (véase Recuadro 1. Tipos de Estado benefactor, p. 55). Se busca que el Estado garantice los derechos sociales a sus miembros para protegerlos de la miseria y el sufrimiento. Esto con independencia de las fluctuaciones del empleo y del mercado.

En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, desde un comienzo se introdujo la idea de perfilar el Estado colombiano como un Estado social. Estas ideas se evidencian en los discursos inaugurales, como el del presidente César Gaviria Trujillo. En este, se hacen claras referencias a la idea de bien común y a la protección de diferentes derechos⁷. Después de varias discusiones, el delegado Fernando Carrillo Flórez, de filiación liberal, propuso definir el Estado colombiano como un Estado Social de Derecho⁸, definición que quedó plasmada en el artículo 1 de la Constitución Política.

7 *Gaceta Constitucional* 1 (1991): 14.

8 *Gaceta Constitucional* 31 (1991): 2.

Recuadro 1
Tipos de Estado benefactor*

A finales del siglo XX, Gøsta Esping Andersen propuso una diferenciación influyente entre Estado benefactor de corte liberal y Estado benefactor de corte socialdemócrata con influencia del socialismo europeo. Para Esping Andersen, el primero responde a la miseria con programas de asistencia social –solo interviene cuando falla el mercado– y no más que para aquellas personas que no pueden pagarla (por ejemplo, otorgando un seguro por desempleo en ciertas circunstancias). El modelo socialdemócrata, en cambio, propone amplios programas de bienes y servicios gratuitos financiados por el Estado para beneficio de todos (universales) en algunas áreas esenciales para el bienestar, como la salud, la educación y la subsistencia.

Estado	Fundamento	Características
Liberal	■ Acepta los resultados del mercado y corrige solo sus fallas más importantes y evidentes, es decir, solo debe cubrir ciertos riesgos, los inaceptables para una sociedad. ■ Implica individuos autosuficientes y confianza absoluta en el mercado.	■ Predominio de los programas de asistencia social y escasa importancia del reconocimiento de derechos. ■ Política de bienestar residual, es decir, solo se interviene cuando falla críticamente el mercado. Hay inexistencia de servicios para las familias y una reducción del número de riesgos considerados sociales producidos por las fallas del mercado. ■ El sujeto es responsable de cubrir los riesgos “aceptables” a través del mercado.
Socialdemócrata	■ Busca universalizar los derechos sociales, por lo que la intervención del Estado es amplia en el mercado.	■ Reconoce los derechos con tendencia creciente a la universalización, es decir, a la cobertura total de la sociedad. ■ Todos los miembros del Estado asumen los costos del bienestar y se rechazan los mecanismos de mercado para regularlos. Otorga subsidio igualitario elevado, sin importar las diferencias entre ingresos laborales y profesión. ■ Los programas clásicos de transferencia de rentas y de sanidad pública se complementan con amplios programas de servicios sociales y de sostenimiento de ingresos para las mujeres trabajadoras.

* Gøsta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (Polity Press, 1990).

El concepto de Estado Social de Derecho viene de la ideología política alemana (*Sozialstaat* y *Sozialrechtsstaat*), la cual plantea un sistema político que impone como misión del Estado el garantizar ciertos derechos. Entre estos se destaca la garantía de la subsistencia mínima de una persona, pero respetando los derechos individuales a la libertad, razón por la cual la garantía se debe dar sin privaciones irracionales. De esta forma se introduce la idea de un modelo de Estado que interviene directamente en la sociedad en la búsqueda de asistencia social y distribución de la riqueza para mitigar la desigualdad.

Por su parte, el Estado Social de Derecho colombiano ha sido descrito por algunos académicos, como Juan Fernando Silva o Mauricio García Villegas, entre otros⁹, como un punto intermedio entre el excesivo individualismo del liberalismo clásico y la omnipresencia estatal del Estado

9 Juan Fernando Silva Henao, “Evolución y origen del concepto de ‘Estado Social’ incorporado en la Constitución Política de 1991”, *Ratio Juris* 7, núm. 14 (enero-junio 2012): 141-158; Mauricio García Villegas, *El derecho al Estado, los efectos legales del apartheid institucional en Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes-Dejusticia, 2013).



Eje ambiental, Avenida Jiménez en Bogotá, ejemplo de obra pública de uso colectivo y privado.

benefactor. Siguiendo esta idea, la Corte Constitucional colombiana ha diferenciado entre el Estado benefactor y el Estado Social de Derecho:

El Estado de bienestar [benefactor] o *Welfare State*, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, *no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho*. Por el contrario, éste [el Estado Social de Derecho] trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja (énfasis agregado)¹⁰.

Así, la Corte deja claro que el Estado Social de Derecho no es el Estado benefactor. En aquel el sistema económico conserva las características del liberalismo clásico de protección a la propiedad privada, libertad de empresa e iniciativa individual¹¹. De esta forma y por medio de diferentes artículos, la Constitución Política deja ver las características de un Estado liberal. Por ejemplo, en los artículos 6 y 333 es posible ver el carácter individualista del Estado, ya que en estos se parte de la libertad individual para regular las relaciones de los ciudadanos con el Estado. En este mismo orden de ideas, la Constitución de 1991 abre la posibilidad de que los particulares puedan prestar servicios públicos como la luz, el agua, el transporte, que antes eran monopolio absoluto del Estado (solo las entidades públicas podían prestar este tipo de servicios)¹², así permitió que este tipo de servicios entraran al mercado y sujetos particulares pudieran intervenir en estas prestaciones. Una situación similar se puede ver en el caso de la banca, pues el Banco de la República es

10 Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Las implicaciones económicas del Estado Social de Derecho se desarrollan en la sección 6, capítulos 20 "Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991", por Eleonora Lozano Rodríguez, y 21 "Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991", por Hernán Vallejo González.

12 Constitución Política de Colombia (arts. 365 y 367).

autónomo. A la vez, la economía y la iniciativa privada son libres¹³, lo que implica que existe libre competencia en el mercado.

Al mismo tiempo, el Estado Social de Derecho incluye el intervencionismo estatal y judicial para garantizar la dignidad humana cuando esta se ve vulnerada por las condiciones de miseria¹⁴. La Corte Constitucional dijo en la misma sentencia que el Estado Social de Derecho debía guiarse por el fin último de asegurar el bienestar de los ciudadanos y que ese era el objetivo de la propiedad privada de los medios de producción y libertad de empresa que protege:

El sistema económico en el Estado Social de Derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales que dan lugar –cuando se cumplen los requisitos para ello– al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado¹⁵.

Según ello, y buscando alcanzar un balance entre iniciativa individual y economía de mercado con la solidaridad y dignidad humana, la Constitución Política de 1991 consagra tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales (DESC)¹⁶, y también incluye otros derechos que requieren intervención del Estado para preservarlos, como son los ambientales y

Actividad 5

Para discutir

1. Lea la Sentencia T-533 de 1992. A continuación, describa los hechos relevantes y sustente brevemente la razón por la cual la Corte Constitucional decidió confirmar o revocar el fallo de tutela.
2. Consulte en los periódicos una noticia que ilustre esa búsqueda de balance entre libertad de empresa y solidaridad. Copie la nota periodística y debajo de ella explique dónde está ese balance, mencionando al menos dos ideas de este capítulo.

sexuales y reproductivos¹⁷. En esta Constitución se hace evidente que el derecho se convierte en un mecanismo de intervención por medio del cual se regulan las relaciones entre los individuos y los particulares y que ninguna relación, acción o intervención puede ser contraria a lo que está expreso en la ley¹⁸. Por ejemplo, por más que la propiedad sea un derecho individual que permite libertad sobre el objeto, también conlleva obligaciones. Toda propiedad tiene una función social que debe ser cumplida¹⁹. El Estado debe regular y garantizar que los ciudadanos puedan acceder a los diferentes servicios de una forma adecuada y eficiente, lo cual implica que, aunque los particulares pueden prestar los servicios, estos continúan siendo una obligación del Estado.

La Tabla 3 de la página 58 muestra las disposiciones específicas de la Constitución donde se materializa el Estado Social de Derecho.

13 Constitución Política de Colombia (art. 333).

14 “El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.” Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992.

16 Estos derechos se estudian en el capítulo 17 “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García.

17 Por ejemplo: “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Constitución Política de Colombia (art. 42).

18 Véanse las tensiones entre el derecho a la libertad con otros derechos y con la misma ley en la sección 3, capítulo 13 “El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad”, por Natalia Ángel Cabo, y 14 “Derecho a la vida”, por Esteban Restrepo Saldañariga.

19 Por ejemplo, un terreno con una alta capacidad productiva debe ser explotado.

Tabla 3 Liberalismo en la Constitución colombiana

Elementos del liberalismo clásico	
Reglas claras	1. “La Constitución es norma de normas” (art. 4). 2. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” (art. 6). 3. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común” (art. 333, inc. 1).
Estabilidad	“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley” (art. 334).
Garantía de la propiedad privada	“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” (art. 58).
Abandono del monopolio estatal en la prestación de servicios públicos	“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” (art. 365, inc. 2).
Banca central independiente/Ente técnico independiente	“El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central” (art. 371).
Menor intervención posible/Mercado	“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. [...] La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” (art. 333, incs. 1 y 2).
Elementos del liberalismo intervencionista	
Mayor cobertura de servicios públicos	1. “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (art. 365). 2. “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social [...]. La educación será gratuita en las instituciones del Estado” (art. 67).
Estado prestador de servicios públicos	“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (art. 365).
Derecho como mecanismo de intervención	“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones” (art. 150): “20. Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes. 21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley. 22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles. 25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley” (art. 189).
Función social de la propiedad	“La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (art. 58, inc. 2).

Elementos del liberalismo intervencionista	
Estado y derechos prestacionales como vivienda y salud	1. “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (art. 48). 2. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (art. 48). 3. “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna” (art. 51). 4. “El deporte y la recreación forman parte de la educación y constituyen gasto público social” (art. 52).
El Estado legislativo y ejecutivo	“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones” (art. 334).
División de funciones	“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 19. Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173. 20. Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil” (art. 189, incs. 19, 20 y 25).
Estado	1. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado [...]. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones” (art. 334, incs. 1 y 2). 2. “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos” (art. 335). 3. “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley” (art. 336).

Recuadro 2
¿Quién corre con los costos del secuestro?

El señor Jesús María Parra, inspector del Fondo Nacional de Caminos Vecinales –ocupando el cargo de inspector– fue enviado el día 4 de mayo de 1994 al sur de Bolívar a realizar un inventario vial. Mientras cumplía con su función, el señor Parra fue secuestrado por la guerrilla. En adición a la tragedia del secuestro, su señora y su hija quedaron desprotegidas, pues dependen económicamente del salario de su esposo y padre para poder subsistir. Sin embargo, la empresa se niega a entregar el salario adeudado, afirmando que solo se lo puede entregar al señor Parra.

¿La empresa debe darle el dinero a la familia?, ¿debe continuar pagando el salario al señor Parra mientras está secuestrado?, ¿el Estado puede obligar a la empresa a continuar pagando el salario a la familia del señor Parra?, ¿con qué argumentos?, ¿el Estado debe ser quien pague el salario del señor Parra?, ¿cambiaría su opinión si este hubiera sido secuestrado estando de vacaciones?, ¿cambia su posición si la empresa es privada y no una empresa pública?, ¿qué tipo de Estado obliga a la empresa a pagar, qué tipo de Estado no lo hace y qué tipo de Estado asume directamente la carga del pago de los salarios?

Este caso llegó a la Corte Constitucional en 1995 cuando la familia interpuso una tutela contra la empresa pidiendo el pago de los salarios adeudados (Sentencia T-015 de 1995). La Corte ordenó que los salarios fueran entregados a la familia del señor secuestrado, porque “el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad y debe velar por la protección integral de la misma” y, además, “el Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”. Esto significa que, dadas las circunstancias, el Estado Social de Derecho exige que los derechos de la familia del señor Parra sean protegidos, lo que implica que tengan los recursos para poder subsistir. Por ello, la empresa debe continuar pagando los salarios durante dos años a partir de la desaparición, término necesario para declarar a la persona desaparecida y cobrar la pensión.

Actividad 6

Para discutir

Adopte una posición defendiendo o criticando la decisión de la Corte en la Sentencia T-015 de 1995 y sosténgala en un debate, utilizando los conceptos sobre los tipos de Estado descritos en este capítulo.

Consideraciones finales

En este capítulo hemos explicado cómo en las últimas décadas han predominado dos modelos de Estado occidentales: el liberal clásico y el intervencionista. Como se mencionó, el primero tiene una responsabilidad reducida en la distribución de recursos y su misión fundamental se centra en que los mercados funcionen adecuadamente, pues esto implica la prosperidad y el fin de la pobreza. El segundo es directamente responsable de aliviar la pobreza a través de la prestación de servicios y la dotación de bienes sociales, lo cual implica un aumento significativo del gasto público. Estas dos ideologías han sido objeto de estudio por distintos pensadores y han fundamentado diferentes modelos de Estado y decisiones políticas que varían respecto al papel del Estado en la economía, frente al gasto y los impuestos. En oposición a ellas surge el modelo de Estado Social de Derecho en Colombia, con los dilemas que también se han planteado a lo largo del capítulo.

Actividad 7

Para reflexionar

Volvamos al paro agrario de 2013 y al rechazo de los campesinos al modelo de Estado con poca intervención en los mercados agrarios y sus exigencias. Examine la tabla que realizó al iniciar el capítulo comparando los argumentos y solicitudes de los campesinos y las respuestas y decisiones del gobierno. ¿Puede identificar diferentes modelos de Estado?, ¿cuál sería la respuesta apropiada del gobierno para un Estado Social de Derecho?, ¿hay una sola respuesta adecuada?, ¿hay respuestas claramente violatorias del Estado Social de Derecho?

Actividad 8
Para reflexionar

Relacione lo leído en el capítulo con la siguiente afirmación: “La libertad es un estado de ánimo”. ¿Es esto cierto o la libertad no es un estado de ánimo, sino un régimen político? En su respuesta mencione al menos tres ideas del texto y cite la página donde las leyó.

Actividad 9
Para discutir

Clasifique la lista de políticas públicas de la Tabla 4 de acuerdo con su concepción implícita del Estado (liberalismo clásico o benefactor). Justifique su respuesta.

Tabla 4 Políticas públicas

Política	Definición	Estado implícito
Familias en Acción	Es una iniciativa para entregar subsidios de nutrición o educación a los niños de las familias pertenecientes al nivel 1 del Sistema de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales (Sisben), familias en condición de desplazamiento o familias indígenas. El programa otorga apoyo monetario directo a la madre beneficiaria, condicionado al cumplimiento de compromisos por parte de la familia. En educación, deben garantizar la asistencia escolar de los menores y, en salud, la asistencia de los niños y niñas a las citas de control de crecimiento y desarrollo.	
Restitución de tierras	La componen las medidas necesarias para la restitución jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados. En caso de no ser posible la restitución, se determina y reconoce la compensación correspondiente. Con esta política el Estado busca conducir a las víctimas de abandono y despojo a la realización de sus derechos y a la construcción de la paz en Colombia, a través de la gestión integral para la restitución sostenible de sus tierras y territorios.	
Agua potable gratis	El reconocimiento del mínimo vital de agua potable (MVAP) de 6 metros cúbicos mensuales para los hogares pertenecientes a los estratos 1 y 2. Se busca que todas las instituciones coordinen con la sociedad un manejo racional que priorice el agua potable y el saneamiento básico sobre los demás usos. Esto garantizará seguridad energética y de vida.	
Guarderías públicas	Esta política focaliza las acciones del Estado en la atención integral de calidad de la primera infancia del país. Las diferentes modalidades de educación inicial, dentro de las cuales se encuentran las guarderías públicas, prestan un servicio de cuidado y atención a los niños menores de cinco años. De esta forma, se garantiza que estos niños y niñas crezcan en un ambiente seguro y saludable.	
Vivienda gratis	Entrega de viviendas a las familias más pobres del país, sin necesidad de créditos bancarios. Con esto, el Estado tiene el objetivo central de reducir la pobreza en Colombia. Este programa da prioridad a las familias que hacen parte de la Red Unidos y a los sectores más vulnerables. También entrega un porcentaje mínimo de viviendas a las familias afectadas por los desastres naturales.	
Subsidio al transporte para estudiantes	Crea un subsidio para que los estudiantes de preescolar, básica y media, y los estudiantes de instituciones de educación superior y técnica públicas de cualquier orden accedan a una tarifa diferencial en el pasaje del servicio de transporte público.	

Glosario

Despotismo. Gobierno de una autoridad singular que busca gobernar con poder absoluto.

Frenos y contrapesos. Sistema gubernativo que busca proteger la libertad a través de la limitación del poder entre los órganos estatales.

Gasto público. Obligaciones sociales que implican disminución del presupuesto estatal.

Mercado. Conjunto de transacciones o acuerdos sobre bienes o servicios entre individuos o asociaciones de individuos que se rigen por las leyes de la oferta y la demanda.

Progresividad. Reconocimiento de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo, pero, una vez alcanzada la meta, estos no pueden desmejorarse.

Material de apoyo

- *Angosta* (Héctor Abad Faciolince). En un estrecho valle de los Andes, se desarrolla la historia de una metrópoli en la que existen tres clases sociales, tres climas y tres niveles; a través de la ficción literaria se describe una radiografía de las desigualdades sociales y el sistema de gobierno.
- *La rebelión de las ratas* (Fernando Soto Aparicio). La novela describe la rebelión de las clases bajas de un pueblo ficticio llamado Timbalí, en Boyacá, donde son oprimidas y explotadas por las fuerzas industriales, mientras ellos viven en un mundo de pobreza, miseria y desesperanza. La obra muestra el infierno social de las comunidades que viven por y para alimentar el engranaje económico de las sociedades capitalistas.

Referencias bibliográficas

Alviar García, Helena. "¿Quién paga o debe pagar por el Estado Social de Derecho?" *Revista de Derecho Público* 22 (febrero 2009). En línea: http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub99.pdf

_____. *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes, 2008.

Alviar Ramírez, Óscar y Fernando Rojas Hurtado. *Elementos de finanzas públicas en Colombia*. Bogotá: Temis, 1985.

García Villegas, Mauricio. *El derecho al Estado, los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Dejusticia, 2013.

Harnecker, Martha. *Socialismo y comunismo*. Rebelión. org. Libros libres. En línea: <http://www.rebellion.org/docs/88350.pdf>

Henrique Cardoso, Fernando. *Dependencia y Desarrollo en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1977.

"Los Aroca, una familia que vive con 400 mil pesos". *El Tiempo*, Portafolio, 30-8-2009.

Mill, John Stuart. *On Liberty*. s.l.: Hackett, 1978.

Silva Henao, Juan Fernando. "Evolución y origen del concepto de 'Estado Social' incorporado en la Constitución Política de 1991". *Ratio Juris* 7, núm. 14 (enero-junio 2012): 141-158.

Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza, 1994.

Von Hayek, Friedrich A. *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza, 2007.

Desmontando los derechos fundamentales

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

Derechos humanos
derechos fundamentales
origen *derechos de participación*
derechos económicos,
sociales y culturales **derechos de libertad**



Objetivos de aprendizaje

- Conocer el surgimiento y desarrollo histórico de los derechos fundamentales.
- Proponer definiciones para los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales.
- Identificar tipologías de derechos y sus características más importantes.
- Comprender la naturaleza de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, así como sus herramientas de garantía y protección.



Guía de estudio

¿Qué son los derechos fundamentales? ¿Cuál es su origen? ¿Qué función desempeñan en el Estado colombiano? Este capítulo busca responder a estas preguntas desmontando el complejo concepto de los derechos fundamentales, pieza por pieza, como si fuera un gran rompecabezas, con el propósito de facilitar su comprensión. Para ello, empieza describiendo el origen de la idea de que todas las personas –independientemente de cualquier condición– son titulares de derechos que la ley debe reconocer a todos por igual. Continúa definiendo lo que son hoy en día estos derechos y los clasifica. Por último, describe las garantías con las cuales los rodea la Constitución colombiana, con el propósito de asegurar su pleno disfrute.



© Publicaciones Semana S.A. - Guillermo Torres.

La Cárcel Nacional Modelo de Bogotá se terminó de construir en 1959 y estaba destinada a albergar 1.800 reclusos.

Introducción

En 1998, mediante la sentencia T-153, la Corte Constitucional declaró la existencia de una serie de irregularidades de carácter inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario de Colombia. Esta decisión se tomó debido a la lamentable situación en la que se encontraban los presos de la mayoría de las cárceles del país, en donde, además del hacinamiento, no contaban con los servicios básicos para vivir. Esta situación no ha cambiado. En 2011 el hacinamiento o sobrecupo en las cárceles era cercano al 30% (igual al promedio de los últimos 20 años), pero en algunos establecimientos más grandes, como las cárceles Modelo y Picota en Bogotá, Bellavista en Medellín y Vistahermosa en Cali, superaba el 100%¹. En 2013, además, 1.575 internos que ya habían cumplido su pena seguían privados de la libertad². Las razones van desde la falta de jueces hasta la lentitud en los trámites. Por otro lado, tal y como ha sido denunciado por activistas y medios de comunicación:

[...] los servicios de salud son escasos y deficientes; las condiciones de salubridad e higiene son tan pobres que las personas detenidas sufren de manera desproporcionada frente al resto de la población de enfermedades contagiosas, como la tuberculosis. A lo anterior debe sumarse la mala alimentación, la violencia y los maltratos, físicos y psicológicos, a los que se ven sometidos los reclusos³.

1 Manuel Iturralde, "Las prisiones colombianas: un problema de todos". *Revista Semana*, 29-9-2011.

2 "Cada mes, 3.000 nuevos reos agravan hacinamiento". Redacción Justicia, *El Tiempo*, 31-3-2013.

3 Iturralde, "Las prisiones colombianas", 42.

Una y otra vez se ha dicho que el sistema les viola a los presos sus derechos fundamentales, y las tutelas que surgen de las cárceles no cesan. Pero, ¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cuáles de estas situaciones los violan y cuáles no?

Los derechos fundamentales aparecen constantemente en nuestra vida cotidiana. Por momentos da la impresión de que todo el mundo habla de ellos con total propiedad. Basta con leer un periódico, escuchar una tertulia en la radio o ver un programa en la televisión. Inevitablemente se los menciona. Sin embargo, pocas veces se reflexiona sobre lo que significan, más allá de enumerar la lista de derechos y libertades que se considera integran esta categoría. Pero, realmente, ¿de qué estamos hablando cuando nos referimos a que una persona posee el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la educación o a la salud?

Empecemos por aclarar que los derechos fundamentales están íntimamente relacionados con otro concepto, con el que a menudo se los confunde: los derechos humanos. Estos últimos hacen referencia a una concepción filosófica y cultural del hombre y la mujer, a quienes se reconoce como seres revestidos de dignidad, es decir, valiosos por el solo hecho de haber nacido, libres para decidir el camino que deseen recorrer en busca de la felicidad, iguales frente a sus congéneres y, sin embargo, diferentes, en la medida que cada uno es un ser único e irrepetible. El reconocimiento del valor de cada persona implica hacerla titular de una serie de derechos. Cuando estos se incorporan a la Constitución, se habla de derechos fundamentales para indicar que estamos ante mandatos jurídicos, cuyo cumplimiento cuenta con el respaldo coercitivo de un Estado.

A pesar de la anterior afirmación es importante aclarar que el término de derechos humanos lo emplea también una particular rama del derecho, el derecho internacional⁴. A través de las normas que conforman el derecho internacional (por ejemplo, tratados internacionales) los Estados se comprometen a reconocer, respetar y

garantizar derechos a quienes habitan en los territorios sometidos a su autoridad. El cumplimiento de estas obligaciones está sometido a la vigilancia de distintos tipos de entes internacionales que, en ocasiones, asumen la forma de comités o comisiones internacionales (como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) y, en otras, la forma de tribunales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Así, los derechos humanos se plantean como los que se garantizan en el derecho internacional y los derechos fundamentales como los que se plantean en el derecho constitucional. Si bien son similares en sus contenidos, presentan diferencias. Por ejemplo, en ocasiones un derecho se considera fundamental en el derecho constitucional nacional (como es el caso del derecho a subsistir o mínimo vital en Colombia y Alemania) y no se considera como tal en el derecho internacional.

Surgimiento y consolidación de los derechos fundamentales

Desarrollos filosóficos, políticos y jurídicos que permitieron su nacimiento

La historia de los derechos fundamentales inicia con el surgimiento de los derechos humanos como propuesta filosófica y política. Estos derechos responden a un concepto relativamente reciente que surge en Europa occidental en la segunda mitad del siglo XVIII, que supone una particular forma de entender al ser humano y su papel en el mundo. Si bien es posible hallar antecedentes de su formulación en la filosofía de las antiguas Grecia y Roma, así como en pensadores medievales y en otras culturas, su historia contemporánea está ligada a las profundas transformaciones políticas que se sucedieron a partir del siglo XVII en el continente europeo⁵.

El concepto de derechos humanos fue construido a partir de multitud de elementos procedentes de la filosofía, las luchas políticas y el derecho. En la filosofía, ya en el siglo XVII se planteaba la idea de la existencia de unos

4 Este derecho se encarga de regular las relaciones entre los sujetos que conforman la sociedad internacional: los Estados, las organizaciones internacionales, los pueblos, las empresas transnacionales, las Organizaciones no Gubernamentales (ONG), los movimientos de liberación nacional y los individuos.

5 Véase, al respecto, Lynn Hunt, "Los orígenes revolucionarios de los Derechos Humanos". *Istor*, v, núm. 19 (invierno 2004). Es preciso señalar que otros autores dan el surgimiento de este concepto un poco antes, en los siglos XVI y XVII. Por ejemplo, Joaquín Rodríguez-Toubes, en su trabajo *La razón de los derechos* (Madrid: Tecnos, 1995), 21.

derechos naturales, comunes a todos los seres humanos y que debían ser respetados por los soberanos, independientemente de la religión que profesasen los habitantes de sus dominios⁶. Esta idea fue desarrollada y matizada por pensadores ilustrados como John Locke⁷, Jean Jacques Rousseau⁸ y el marqués de Condorcet⁹. En el ámbito de las luchas políticas, el surgimiento del Estado moderno implicó –por primera vez en la historia– el establecimiento de una serie de límites al poder del monarca en relación con sus súbditos¹⁰. Esta barrera al poder absoluto permitió el desarrollo de reivindicaciones de derechos individuales que, a su vez, fueron el alimento de las revoluciones burguesas que tuvieron lugar en Inglaterra¹¹, Norteamérica¹² y Francia¹³.

El derecho plasmó el ideario de estas luchas políticas en textos jurídicos, lo que nos lleva al tercer ámbito que experimentó importantes cambios. Los primeros documentos, fruto de las revoluciones inglesas, aún no reflejan el concepto de derechos humanos. Estos se limitan a plasmar derechos atribuibles tan solo a los varones, ingleses y libres¹⁴, y se conocen como Derechos del Hombre.

El reconocimiento de derechos a todos los hombres, por el simple hecho de haber nacido como tales, solo aparece en la Declaración de Virginia (1776) y, un poco más tarde, en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). Es en ese momento cuando se puede empezar a hablar de derechos fundamentales, al iniciarse un proceso de positivización de los derechos identificados por los filósofos como inherentes a la condición humana. Estos fueron progresivamente incorporados en

las normas jurídicas de los Estados y, en especial, en las constituciones de Europa occidental y de las nuevas repúblicas americanas.

Este proceso permitió que estos derechos pasaran del campo de la filosofía y la política a transformarse en obligaciones jurídicas en cabeza de los Estados, cuyo cumplimiento puede ser reclamado por sus ciudadanos. El camino que se debió recorrer para alcanzar esta meta fue largo, hasta el punto que en Colombia solo hasta la Constitución de 1991 se establecieron mecanismos adecuados y eficaces para exigir a las autoridades el respeto y garantía de estas normas. No se trató de un caso aislado, pues países como Alemania e Italia no contaron con este tipo de herramientas hasta bien entrado el siglo xx¹⁵.

Papel de las transformaciones de la vida cotidiana

La historia de los derechos fundamentales no estaría completa si no se analizaran, junto a los cambios filosóficos, políticos y jurídicos, las transformaciones en la cultura y la vida cotidiana que tuvieron lugar en Europa occidental y un poco después en América, a lo largo del siglo XVIII. En efecto, la idea de la existencia de los derechos humanos hubiera permanecido como una propuesta utópica de algunos pensadores, si la sociedad no se hubiera apropiado de ella.

En este siglo surgió el individualismo, que no es otra cosa que la concepción del hombre como ser valioso en sí mismo, más allá de su pertenencia a un determinado linaje o estamento. Se trata de una nueva mirada sobre la persona que se manifestó en aspectos aparentemente triviales, pero extremadamente significativos. Así, por ejemplo, es en este momento cuando aparecen los primeros restaurantes dotados de mesas individuales, en lugar de tabernas en las que se compartía el pan y la mesa con desconocidos. Así mismo, es entonces cuando la idea de compartir la cama con cualquier viajero empieza a resultar incómoda¹⁶.

6 Este concepto de derechos naturales fue desarrollado, en particular, por Hugo Grocio.

7 El reconocimiento de la existencia de derechos naturales, inherentes al hombre, lo expone John Locke en sus *Cartas sobre la tolerancia*, de 1689, 1690 y 1693, y en los *Dos tratados sobre el gobierno civil* de 1690.

8 *El contrato social*, de 1762.

9 *Influencia de la revolución americana sobre Europa* de 1786.

10 Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Madrid: Trotta, 2002), 64.

11 Revolución de 1640 y Revolución Gloriosa de 1688.

12 La llamada Revolución Americana hace referencia a la guerra de independencia, entre las trece colonias originales y el Reino de Gran Bretaña, que se desarrolló entre 1775 y 1783.

13 La Revolución Francesa se inició con la proclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional en 1789 y finalizó con el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte en 1799.

14 *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) y *Bill of Rights* (1689).

15 La Constitución alemana de 1949 –aún vigente– incorporó un amplio catálogo de derechos y estableció el recurso judicial de amparo para permitir a sus ciudadanos exigir su cumplimiento. Un año antes, la Constitución italiana había incorporado previsiones similares.

16 Rosa Montero, *Historias de mujeres* (Madrid: Alfaguara, 1998), 53.

Actividad 1

Para investigar

En Colombia, por mucho tiempo las mujeres no gozaron de los mismos derechos que los hombres. Averigüe en qué año se concedieron plenamente los derechos civiles y políticos a las mujeres en nuestro país. Después, responda:

1. Además del derecho al sufragio, ¿qué otros derechos se les reconocieron a las mujeres en ese entonces?
2. ¿Antes de que el Estado reconociera derechos a las mujeres en Colombia, podían estas ser propietarias de tierras y otros bienes y cómo se administraban sus propiedades?

Estos cambios en los hábitos cotidianos apuntan también a una nueva concepción del cuerpo y del pudor. Hasta el momento, el cuerpo estaba expuesto de forma continua a las miradas de propios y extraños, incluso durante el tránsito a la muerte. Así mismo, era el espacio en el que las autoridades ejercían poder sobre los individuos acusados de incumplir las leyes. En consecuencia, era común y aceptado que estas personas fueran marcadas, mutiladas o golpeadas. Estas prácticas empezaron a repugnar a los filósofos, primero, y más adelante a la sociedad, a medida que se fue afianzando la concepción del cuerpo humano como un espacio sagrado¹⁷. Este proceso finalizó con la prohibición de la tortura en buena parte de los Estados europeos y americanos¹⁸.

Ahora bien, la creciente aceptación de los derechos humanos en la sociedad y su consagración en textos jurídicos no significaron que automáticamente estos fueran reconocidos a todas las personas. Las mujeres, los niños,

los sirvientes y los esclavos fueron excluidos de este proceso. Es más, derechos como el sufragio fueron limitados a los varones, blancos y propietarios, ya que se consideraba que eran los únicos capacitados para participar en la discusión y toma de decisiones sobre asuntos públicos¹⁹. Fue necesario el paso del tiempo, así como ríos de tinta y sangre, para que finalmente se reconocieran a todo ser humano, independientemente de su género, etnia o condición social. Así mismo, al tiempo que se ha ampliado el tipo de sujetos titulares, la lista de derechos y libertades que se ha incluido en esta categoría ha aumentado considerablemente.

Problema de la universalidad de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, tal y como lo hemos visto, son el producto de una determinada concepción del ser humano, concepción que, a su vez, es producto de una determinada cultura y de un momento histórico. Pero, a despecho de este origen, han sido proclamados como universales. Es decir, su respeto se impone, independientemente de cualquier consideración cultural, religiosa o ética.

Esta cuestión ha sido abordada por diversos pensadores, ya que, si bien todas las culturas tienen concepciones de la dignidad humana, no todas las expresan en términos de derechos humanos²⁰. Más aún, en algunos sistemas de pensamiento la idea de que una persona pueda ser titular de derechos por el solo hecho de haber nacido, y no de obligaciones, resulta ridícula²¹. El problema se presenta cuando estas culturas llevan a cabo prácticas y sostienen discursos que van en contra de los principios básicos de los derechos humanos, tales como los castigos corporales, la subordinación de la mujer o la inferioridad de ciertas personas por pertenecer a un determinado grupo étnico, cultural o social.

17 Resulta, en este punto, especialmente pertinente el trabajo de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (Madrid: Alianza, 2014) publicado por primera vez en 1764, el cual constituye un contundente alegato en contra de la tortura. Previamente, Montesquieu había atacado su uso por parte del poder judicial en su obra *El espíritu de las leyes* de 1748 (Madrid: Alianza, 2015).

18 Este proceso de progresivo abandono de los castigos físicos y de la tortura por parte de las autoridades estatales ha sido analizado de una forma particularmente interesante por Michael Foucault en su obra *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2013), publicado originalmente en 1975.

19 A pesar de la tendencia mayoritaria, se levantaron voces para exigir el reconocimiento de derechos a las mujeres. Entre ellas destacamos la de Mary Wollstonecraft, quien en 1792 publicó su obra *Reivindicación de los derechos de la mujer* (Madrid: Akal, 2014).

20 Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad* (Bogotá: Siglo del Hombre - Uniandes, 1998), 356.

21 En la cultura hindú, por ejemplo, la dignidad del ser humano está ligada al cumplimiento de una serie de deberes para con la familia, la sociedad y el universo.

Recuadro 1

Límites a la libertad a mujeres musulmanas

Prohibido a mujeres en Irán ver el fútbol: cierran un cine en Irán por vender entradas a las mujeres

“Los hombres, cuando están viendo el fútbol, se excitan y a veces pueden proferir palabras vulgares o hacer bromas soeces. No ayuda a la dignidad de la mujer ver el fútbol con los hombres. Las mujeres deberían dar las gracias por la prohibición”. El complejo Zendegi fue clausurado después de que desobedeciera a la norma, a pesar de recibir el comunicado de las autoridades estatales, indicó la agencia iraní ISNA.

Los partidos de la Eurocopa 2012 de fútbol en Polonia y Ucrania habían generado una gran expectativa en Irán. Varios cines decidieron emitir los encuentros en sus pantallas, una práctica que ya fue habitual durante el Mundial 2010 y la Copa de Asia de 2011. Sin embargo, el jefe policial Bahman Kargar, de asuntos sociales, dispuso que las mujeres no puedan ver el certamen europeo en esas salas por “un ambiente inapropiado para ellas”.

En Irán, las mujeres tienen actividades no permitidas por la ley u otras no autorizadas sin el permiso de su marido o su padre. Además, deben respetar la indumentaria islámica y evitar los lugares donde puedan enfrentarse a situaciones “vulgares”, motivo este último por el que se procedió a la prohibición por parte de la policía de moralidad.

“Es una situación inapropiada, que hombres y mujeres vean juntos los partidos de fútbol”, había declarado Bahman Kargar, encargado de asuntos sociales en la policía*.



Monifa, Wikimedia Commons, the free media repository.

Equipo femenino iraní de fútbol en un torneo en Jordania.

* *Minuto Digital*. Redacción Bilbao, 12 junio de 2012.

Fuente: Ali Jarekji (Reuters). En Ángeles Espinosa, “Jugar al fútbol con velo para no incitar al pecado”. *El País*, 23-3-2012.

En línea: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/22/vidayartes/1332447907_680752.html

¿Cómo enfrentar estas situaciones? Desde un sector del pensamiento contemporáneo se ha propuesto la reconstrucción de los derechos humanos a través del diálogo multicultural, de manera que su significado refleje las concepciones de dignidad y vida buena de las diversas culturas, y no solo de la occidental²². Se trata de

un diálogo que debe ser desarrollado con tiempo entre comunidades –y no únicamente entre individuos–, cuyo objetivo debe ser ampliar, y no reducir, los elementos que conforman la dignidad del ser humano²³.

y a no ser discriminado”, por César Rodríguez Garavito, y 16 “Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia”, por Libardo Ariza Higuera.

23 Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, 357 y ss.

22 Los temas de multiculturalismo e igualdad son tratados en la Sección 4 de este libro en los capítulos 15 “El derecho a la igualdad

Por otra parte, el derecho ha avanzado en el reconocimiento de espacios de autonomía para las minorías étnicas y culturales que habitan en países pertenecientes a la cultura occidental. Estos espacios están asegurados por derechos, de naturaleza también fundamental, de los que son titulares individuos y comunidades. A través de estos se garantiza que, en la medida en que lo deseen, estos grupos humanos seguirán diferenciándose de la comunidad mayoritaria, mediante el uso de su lengua, sus sistemas normativos y de resolución de conflictos, sus creencias y la propiedad de sus tierras ancestrales. Estos derechos, que en el caso colombiano están consagrados en la Constitución²⁴, permiten que estas personas construyan su proyecto de vida acorde con sus creencias y valores.

Actividad 2 Para reflexionar

1. ¿Cómo cree que deben reconciliarse los derechos fundamentales con los intereses de culturas que tienen concepciones diferentes de los mismos? Lea el caso descrito en el Recuadro 1 sobre la prohibición para las mujeres de ver fútbol con hombres.
2. ¿Habría que reconciliar los derechos de las mujeres con los intereses de las culturas?
3. ¿Este es un caso similar o distinto al de las culturas indígenas en Colombia que, por ejemplo, recurren a los castigos físicos (como el cepo o latigazos) prohibidos en la cultura mayoritaria?

Pero, ¿qué son los derechos fundamentales?

Hasta el momento hemos revisado la historia de los derechos fundamentales. Es el momento de concretar su definición. Se trata de derechos inherentes a la condición humana que son reconocidos por los Estados a través de normas jurídicas nacionales, generalmente en la Constitución²⁵. Su incorporación en la norma fundamental de

un Estado les otorga, en primer lugar, estabilidad, en la medida en que esta solo puede modificarse tras complejos procedimientos, y, en segundo lugar, los convierte en vinculantes para todos los poderes públicos, incluido el legislador²⁶. Esto significa que todas las ramas del poder y los organismos públicos están obligados a respetar y garantizar estos preceptos.

Ahora bien, los derechos fundamentales no solo vinculan a las autoridades públicas. Todos los habitantes del país, así como las empresas, sindicatos, medios de comunicación, gremios y cualquier otro poder privado están obligados a respetarlos. Así, por ejemplo, si un colegio expulsa a una alumna por estar embarazada, vulnera sus derechos a la educación y a la igualdad; si un medio de comunicación publica acusaciones sin fundamento contra una persona, atenta contra su derecho al buen nombre.

Los derechos fundamentales son parte central del proyecto de Estado y de sociedad dibujado por la Constitución, y ambos deben trabajar para lograr que todos los



Diana Marís Bermúdez Martínez.

24 Constitución Política de Colombia (arts. 10, 13, 63, 171, 176, 246, parágrs. 330 y 329).
25 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid:

Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 406.
26 Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid: Thomson Civitas, 2003), 33.

habitantes del país gocen de una vida que merezca ser vivida, una en la que cuenten con las libertades, las oportunidades y las condiciones materiales mínimas necesarias para diseñar y llevar a cabo el proyecto de vida que desean, es decir, para ser dueños de su propio destino.

En este punto surge una nueva pregunta: ¿basta con que un derecho, cualquiera, sea consagrado en una Constitución para tener la categoría de fundamental? Por supuesto que no. Solo aquellas pretensiones orientadas a la plena garantía de la dignidad del ser humano se encuadran en esta categoría. Luigi Ferrajoli propone que un derecho fundamental debe reunir los siguientes criterios²⁷: en primer lugar, debe ser necesario para la paz, en la medida en que su garantía debe ser imprescindible para la existencia de las condiciones de convivencia en cualquier comunidad; en segundo lugar, debe garantizar la igualdad. Pero esta no debe ser entendida como la pretensión de recibir un trato idéntico por parte de las autoridades, sino que hace referencia a un trato que respete las diferencias que hacen de cada persona un ser único e irrepetible, al tiempo que permite superar la condiciones de desigualdad que impiden que cada persona desarrolle su potencial, como la pobreza o la discapacidad física o mental; finalmente, un derecho fundamental debe actuar como la ley del más débil –todos los derechos fundamentales constituyen la ley de los vulnerables– y defender su dignidad. De no existir, los más fuertes –los más poderosos



Liza María Trujillo.

en términos físicos, políticos y culturales– impondrían una ley basada únicamente en su beneficio, condenando a los demás a una posición subordinada de manera permanente e incluso a desaparecer. La vida como derecho impide a los más fuertes en términos físicos acabar con los débiles. El debido proceso es una barrera contra la arbitrariedad de las autoridades.

Los tipos de derechos fundamentales

Los derechos que reúnen los tres tipos de condiciones señaladas en la sección anterior son numerosos. Para facilitar su comprensión y estudio, estos derechos son agrupados en categorías, que revelan el momento histórico en el que surgieron y la dimensión de la dignidad que protegen.

Derechos de libertad

Este tipo de derechos, junto a los de participación que se describen a continuación, son los más antiguos, ya que fueron los primeros en ser reconocidos, tanto a nivel filosófico como a nivel jurídico²⁸. Se trata de un conjunto de derechos y libertades que garantizan a la persona una esfera en la que puede tomar decisiones y actuar libremente. Es decir, aseguran la autonomía individual, la capacidad de autodeterminarse, en particular frente a los poderes públicos, pero también ante los demás individuos.

Actividad 3

Para discutir

Considere los tres criterios planteados por Ferrajoli para identificar un derecho fundamental.

1. ¿Cree que son criterios universales compartidos por todas las culturas o solo son criterios para la cultura occidental?
2. ¿Son criterios que en Colombia la cultura dominante debe poder imponer a las culturas minoritarias?
3. Y, en el mundo, ¿son criterios que la comunidad internacional puede imponer a culturas no occidentales?

27 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

28 Los derechos de libertad, junto a los derechos de participación, son llamados también *derechos de primera generación*. Fueron formulados en los siglos XVIII y XIX, dentro de la concepción filosófica, jurídica y política del liberalismo clásico.

Actividad 4

Para reflexionar

Los menores de edad tienen su libertad limitada de múltiples formas. Sus padres ejercen la tutela sobre ellos y pueden tomar incluso decisiones en materia de salud a su nombre. El Estado les prohíbe consumir alcohol o drogas y los obliga a asistir al colegio hasta cierta edad. Tienen múltiples restricciones a su libertad de movilidad y están obligados hasta los 18 años a vivir bajo la tutela de un adulto.

1. ¿Cuándo creen que se violan los derechos de libertad de los adolescentes?
2. ¿Tienen derechos de libertad, como se han descrito en esta sección?

Se trata de una categoría muy rica, dentro de la que encontramos varios tipos de derechos. Un primer grupo garantiza la existencia misma de los individuos, así como su integridad. En este se ubican la vida y la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Un segundo conjunto asegura el ámbito más íntimo de cada individuo, así como la posibilidad de comunicar aquello en lo que se cree, bien sea a nivel espiritual o más terrenal. Nos referimos a las libertades de conciencia, pensamiento, religión y expresión²⁹. La libertad personal³⁰, es decir, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, está también incluida en esta categoría, junto a todos aquellos derechos que aseguran la existencia de un juicio justo, así como la posibilidad de circular libremente por el territorio nacional. Finalmente, un quinto grupo protege la vida personal del individuo y la imagen que de este tienen los demás miembros de la sociedad; por tanto, incluye los derechos a la intimidad, a la propia imagen y al buen nombre.

En el momento en el que fueron formulados estos derechos se suponía que para su garantía bastaba con que los poderes públicos no interfirieran en las decisiones

29 El capítulo 13 “El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad” escrito por Natalia Ángel Cabo, desarrolla el concepto de libertad.
30 La libertad personal y sus posibles límites son abordados en el capítulo 11 “Libertad personal”, por Ricardo Posada Maya.

del individuo. Es decir, se concibieron como límites a la actuación estatal. Esta idea se ha visto modificada con el paso del tiempo. Hoy en día pocos cuestionan el hecho de que para asegurar su cumplimiento el Estado debe llevar a cabo acciones positivas y, con frecuencia, destinar cuantiosos recursos a su protección. Así, por ejemplo, el derecho a un juicio justo exige la existencia de una estructura judicial y policial, elementos físicos, humanos y presupuestales para garantizar el desarrollo de las investigaciones, así como un mecanismo para proveer de abogado defensor a quienes no puedan costearse uno.

Derechos de participación

También llamados derechos políticos, surgen para asegurar la dimensión positiva de la libertad individual. Esta no implica solo fijar un ámbito de autonomía, sino además abrir la posibilidad al individuo de participar en la toma de decisiones sobre asuntos de interés público. Es decir, le reconocen un papel activo en la adopción de las normas que van a regir su vida, como miembro de una comunidad política.

El derecho al sufragio (tanto a elegir como a ser elegido) es el ejemplo que primero nos viene a la cabeza cuando pensamos en esta categoría; sin embargo, no es el único. El derecho de petición, mediante el cual los ciudadanos presentan solicitudes y preguntas respetuosas a las autoridades, constituye también un mecanismo muy poderoso para intervenir en la gestión de la cosa pública.

Derechos económicos, sociales y culturales³¹

Las dos anteriores categorías de derechos se fundan en los principios de libertad e igualdad, entendida esta última

Actividad 5

Para investigar

1. ¿Cómo se hace un derecho de petición, a quién se puede dirigir y con qué fin?
2. ¿Qué puede hacer si no le contestan?

31 También conocidos como derechos de segunda generación, surgen tras la Primera Guerra Mundial y están íntimamente vinculados al concepto de Estado social.



Liza María Trujillo.

como formal. Es decir, como la mera aplicación uniforme de la ley a todas las personas, sin tener en cuenta las diferencias que enfrentan en la vida cotidiana, vinculadas a la capacidad económica, el nivel social o el cultural.

La igualdad formal –el trato igual ante la ley– transformó el derecho medieval, en el que cada estamento de la sociedad estaba sometido a un régimen jurídico distinto. Así, lo que para un siervo podía significar la pérdida de su vida (como cazar en las tierras de su señor sin permiso) podía no tener mayores consecuencias para un noble. Esta disparidad de derechos y obligaciones desapareció con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, estableciéndose un único ordenamiento para todos los ciudadanos.

Este paso resultó, sin embargo, insuficiente para asegurar la garantía integral de la dignidad humana, en la medida en que esta no puede respetarse si las personas no cuentan con unas condiciones materiales mínimas. El hambre, la falta de abrigo y la ignorancia constituyen importantes obstáculos para el libre desarrollo de la personalidad. La igualdad formal, ciega a las diferencias que dividen y marcan a los hombres en el mundo real (originadas por la inequitativa distribución de la riqueza, el origen social y étnico) creaba una libertad ilusoria.

Las luchas obreras de los siglos XIX y XX, junto a las crisis económicas que se experimentaron en el mismo período de tiempo, llevaron al surgimiento de una nueva dimensión del principio de igualdad: la material, que mira a la realidad social. En consecuencia, se exige al Estado que asuma un papel activo en la distribución de bienes y servicios esenciales.

Es decir, que garantice un mínimo de igualdad material para que las diferencias sociales entre los que tienen riqueza y los que no la tienen no sean tan abismales.

Los derechos económicos, sociales y culturales³² son fruto de la igualdad material, que coexiste con la formal. Estos derechos aseguran a todas las personas el acceso a ese mínimo vital indispensable para lograr la autonomía: educación, salud, trabajo en condiciones dignas, vivienda, etc. El respeto de estos derechos demanda la intervención activa de los poderes públicos en la vida económica y social, a fin de asegurar un bienestar mínimo a toda la población.

Ahora bien, es importante anotar que, aunque con frecuencia los derechos económicos, sociales y culturales son identificados como derechos de prestación (o prestaciones), esta ecuación es errónea. En efecto, estos últimos implican la provisión estatal –de forma directa o indirecta– de un bien o servicio. Si bien el acceso a una vivienda en condiciones dignas, la atención sanitaria o la educación primaria gratuita se encuadran en esta categoría, otros derechos sociales escapan de ella. Es el caso de la libertad de elegir profesión u oficio, la libre sindicación o el derecho a no ser discriminado en los ámbitos educativos y culturales. En el mismo sentido debe recordarse que los derechos de libertad exigen con frecuencia prestaciones por parte del Estado.

Derechos de solidaridad³³

El principio de solidaridad, acepción moderna de la fraternidad proclamada por los revolucionarios franceses, se ha materializado en este último grupo de derechos, que han sido formulados recientemente y en muchos casos no han sido plenamente dotados de efectos jurídicos. Este grupo de derechos pretende garantizar unas condiciones de vida en las que el ser humano puede desarrollarse de forma integral y plena, para lo cual se requiere el activo compromiso de todos los Estados, así como de otros actores importantes en este mundo globalizado, como las ONG y las empresas transnacionales.

32 Estos derechos y su relación con el Estado se abordan con mayor detalle en el capítulo 17 “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García.

33 Se los conoce también como derechos de tercera generación. Han surgido a partir de la década de los setenta del siglo pasado.

Actividad 6

Para discutir

Examine los derechos en la Constitución colombiana.

1. ¿Existe un derecho al agua como tal?
2. ¿Cree que se podría inferir el derecho al agua potable de las protecciones a los derechos económicos, sociales y culturales?

En esta categoría se ubican derechos que pretenden asegurar el acceso igualitario a bienes indispensables para la supervivencia. Es el caso de los derechos al desarrollo, al agua potable y al aire puro, pero también encontramos aquí otros que buscan asegurar condiciones no materiales, como el derecho a la paz y a disfrutar del patrimonio común de la humanidad. A diferencia de los pertenecientes a las tres clases precedentes, estos derechos han sido formulados, en la mayoría de los casos, primero en el ámbito del derecho internacional y desde allí se han ido incorporando a los ordenamientos nacionales.

Derechos de diversidad

La última categoría está integrada por un conjunto de derechos que son reconocidos a las minorías étnicas por diversos Estados, con el propósito de garantizar su supervivencia física y cultural. Supone un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como riqueza y una renuncia al proyecto de Estado nación que exige que en cada país habite una población homogénea en términos étnicos y culturales.

América Latina ha sido la región del mundo en el que estos derechos han tenido mayor acogida. La Constitución boliviana de 1967 fue la primera y dio inicio a un largo y complejo proceso que ha desembocado en el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades indígenas, así como a otros grupos étnicos minoritarios que habitan en el continente, tales como las comunidades afrodescendientes y los pueblos gitanos o rom.

Estos derechos pueden ser agrupados en tres categorías. En primer lugar se encuentran aquellos orientados a garantizar a estas comunidades el mayor grado de autonomía posible, de manera que desarrollen su existencia de

forma acorde a su cosmovisión. Se trata de los derechos a gobernarse por sus propias autoridades, de acuerdo con sus propias normas, y a resolver sus conflictos guiados por sus propios sistemas. En segundo lugar, e íntimamente conectado con el anterior, se encuentra el derecho al territorio, entendido como un espacio físico, pero también sagrado y cultural en el que esta autonomía puede ser ejercida. En esta categoría se ubica, así mismo, el derecho de controlar los recursos naturales que se encuentran en este territorio. Finalmente, en la tercera categoría se están los derechos especiales de participación. Estos, por un lado, están orientados a involucrar a estas comunidades en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que las afectan directamente, como la explotación de recursos naturales en su territorio³⁴, y por otro lado, establecen circunscripciones electorales especiales que aseguran la adecuada representación de estas minorías en los parlamentos.

Actividad 7

Para investigar

El derecho a la consulta previa

La Corte Constitucional, basada en el derecho internacional, ha dicho que los pueblos indígenas, afrocolombianos y gitanos (rom) tienen el derecho fundamental a ser consultados sobre las normas que los afecten y las intervenciones que impacten sus territorios y su forma de vida. Por ejemplo, fueron consultados sobre los decretos que adaptaron la Ley de Víctimas a sus necesidades e identidades. También cuando una represa, un proyecto turístico o minero afecta sus territorios. Esta consulta, que se debe adelantar de buena fe, no quiere decir que los pueblos deban estar de acuerdo con la norma o el proyecto a realizarse, solo que se les debe escuchar.

Investigue sobre un caso de consulta previa que haya aparecido en la prensa y conteste:

1. ¿Se protegió el derecho fundamental a la consulta previa y cómo?
2. ¿Por qué hubo tensiones y conflicto, entre quiénes y cómo se resolvieron?

Los derechos fundamentales en la Constitución colombiana

La Constitución Política de 1991 define a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista. Se refiere, por tanto, a un Estado al servicio de todas las personas que habitan en su territorio y cuya actividad está orientada exclusivamente a la garantía de su bienestar integral. No obstante, al hacerlo no describe una situación existente. El ideal de país que se dibuja en la Carta exige la protección a la dignidad del ser humano, y ya sabemos que solo mediante la garantía efectiva de los derechos fundamentales es posible alcanzar tal objetivo.

Los derechos inherentes al ser humano juegan, por tanto, un papel central en la Constitución, que reconoce una gran cantidad de derechos a los ciudadanos, por dos vías. Así, en su Título II expresamente establece un listado, que incluye derechos propios de las cuatro categorías de las que ya hemos hablado. Pero no se trata de una lista cerrada, ya que se deja abierta la incorporación de nuevos derechos a través de la ratificación de tratados internacionales (art. 93). Esta figura, mediante la cual disposiciones que no están en la Constitución se consideran parte de esta, se denomina “bloque de constitucionalidad”.

Ahora bien, los constituyentes eran plenamente conscientes de que la consagración de derechos y libertades resultaba inútil si no se establecían mecanismos para garantizarlos. En consecuencia, se establecieron todo tipo de medidas para asegurar su eficacia. En primer lugar, los derechos están dotados de eficacia directa. Es decir, no se precisa una ley del Congreso de la República que desarrolle su contenido para ser exigibles. En segundo lugar, solo el Congreso, como representante de la voluntad popular, puede regular el ejercicio de los derechos, y no el ejecutivo. Así, dada las especiales mayorías que se requieren para aprobar este tipo de normas, se asegura tanto la existencia de consenso como cierta estabilidad en el régimen de los derechos. En tercer lugar, los derechos se pueden exigir ante los jueces de forma directa a través de la acción de tutela, mediante la cual cualquier ciudadano puede reclamar a cualquier juez la protección inmediata, a través de un procedimiento muy breve e informal (art. 86).

La tutela es, sin duda, el mecanismo más conocido y empleado por los ciudadanos para la defensa de sus

Actividad 8 Para investigar

Investigue quién, cuándo y cómo puede interponer una tutela ante un juez. Redacte en 500 palabras una tutela sobre un caso hipotético que incluya una explicación del derecho fundamental violado, a partir de la definición de los derechos fundamentales de este capítulo y del texto constitucional.

derechos. Otra institución creada por la Constitución de 1991 con este fin es la Defensoría del Pueblo, entidad que tiene por misión la guarda de los derechos fundamentales mediante el desarrollo de labores de promoción, prevención y defensa de los mismos. Por último, pero no por ello menos importante, la Constitución creó una Corte Constitucional y le encomendó la función de ser su suprema guardiana. Este tribunal se ha tomado muy en serio los derechos fundamentales. A través de su extensa jurisprudencia –originada en acciones de inconstitucionalidad y en la revisión de las acciones de tutela–, ha insistido en que la legitimidad del Estado depende de su capacidad para garantizar de forma efectiva los derechos fundamentales a la totalidad de los habitantes del país.

Tal y como puede apreciarse, los derechos fundamentales constituyen un elemento tan importante en el proyecto

Actividad 9 Para investigar

Cárceles

1. Investigue sobre la condición de los presos en Colombia y evalúe si se les están violando o no los derechos fundamentales como fueron explicados en este capítulo. Tenga en cuenta los elementos del derecho fundamental explicados por Ferrajoli, los derechos de libertad, participación, económicos, sociales y culturales y de solidaridad.
2. En grupo, elaboren una propuesta creativa que solucione la vulneración a los presos de alguno de esos derechos identificados.

de Estado dibujado en la Constitución colombiana, que han sido rodeados de todo tipo de mecanismos para asegurar su respeto por parte tanto de los poderes públicos como de los mismos ciudadanos.

Consideraciones finales

Este capítulo empezó con una reflexión sobre las cárceles. La situación carcelaria, ampliamente documentada, es un ejemplo extremo de la violación de un gran rango de derechos fundamentales. A través del capítulo hemos dado razones para creer que las prisiones colombianas son lugares donde de manera masiva se vulneran los derechos fundamentales de los presos, quienes, a pesar de haber cometido delitos, no dejan de ser seres humanos. También hemos reflexionado sobre la ubicación en el tiempo y el espacio de los derechos fundamentales. La amplia diversidad de derechos que han sido reconocidos por las constituciones contemporáneas responde al hecho de que la noción de dignidad no es estática, sino cambiante con el tiempo. Por ejemplo, los derechos de libertad y participación son anteriores a los derechos económicos, sociales y culturales y a los derechos de solidaridad. Además, los derechos fundamentales tienen un origen histórico ligado a Europa occidental, lo cual, a su vez, genera una serie de preguntas sobre la universalidad de estos, pregunta que también enfrentamos de forma preliminar en este capítulo. Por último, queremos apuntar que en Colombia los derechos fundamentales adquieren una relevancia adicional, ya que constituyen el centro del proyecto de Estado diseñado en la Constitución, el cual debe construirse día tras día por medio de la actividad de los poderes públicos y de los ciudadanos. Por ello, este libro dedica varios capítulos a los derechos presentados en este: hay varios sobre las libertades, sobre la participación ciudadana y sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

Actividad 10

Para investigar

Revise el siguiente material:

- Imágenes y fotografías: Galería de fotos de la cárcel La Modelo: http://www.eltiempo.com/Multimedia/galeria_fotos/justicia/condiciones-de-vida-en-la-carcel-la-modelo_12586021-5
- Artículos de prensa: “El precio que tiene que pagar un preso para poder vivir en La Modelo”. Redacción Justicia, *El Tiempo*, 13-2-2013 (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12592090>); Cristian Mendoza, “Cárceles: ¿castigar o reeducar?” *Semana*, 8-8-2012 (<http://www.semana.com/nacion/articulo/carceles-castigar-reeducar/262611-3>).

Actividad 11

Para investigar

Sobre el tema de las trabajadoras y los trabajadores de flores colombianas, lea atentamente el post del Recuadro 2 publicado en uno de los blogs del diario *El País* de España y después responda las preguntas que se proponen:

1. ¿Cuáles derechos fundamentales cree que están siendo afectados en la situación descrita por este texto?
2. ¿Considera que el Estado es responsable de las violaciones de estos derechos?
3. ¿Qué acciones deberían desarrollar las distintas ramas y órganos del poder público frente a esta situación?

Recuadro 2

Por San Valentín, regala flores sin espinas*

Colombia, segundo exportador de flores a nivel mundial, vende por San Valentín unos 500 millones de flores, equivalentes al 15% de toda su producción anual. Muchas terminan en Europa. En una industria donde los contratos son de corta duración, las mujeres (65% de la mano de obra) trabajan a un ritmo frenético a cambio de un salario muy bajo, en condiciones insalubres. La mayoría no goza de baja por enfermedad o por maternidad, *pocas están amparadas por alguna cobertura sanitaria o de desempleo* y aún menos consiguen ahorrar para el futuro.

Según un estudio de la Corporación Cactus, el 82,8% de las empresas dedicadas a la floricultura en Colombia pide a sus empleadas hacerse la prueba de embarazo, atentando contra sus derechos laborales, sexuales y reproductivos. En la Sabana de Bogotá son varias las que exigen además a sus trabajadoras el certificado de ligadura de trompas. Las *enfermedades profesionales* son frecuentes, pero rara vez reconocidas por las aseguradoras. Y cuando alguien quiere reclamar, ¡sorpresa! A veces no saben ni a quién hacerlo. Más del 34 % están contratadas por intermediarios.

La supuesta crisis del sector ha sido el argumento, o el pretexto, para justificar la degradación de las condiciones laborales de estas *mujeres*. Pero lo cierto es que, aunque sólo en el año 2010 se perdieron 12.000 empleos en las flores, la producción no ha bajado. ¿Cómo lo han conseguido? No es tan difícil: imponiendo topes de rendimiento inhumanos, con jornadas en temporada alta de hasta 20 horas diarias. Las mujeres que entrevisté hace apenas un par de semanas me decían que hablar está tácitamente prohibido. No se debe perder tiempo, por nada. Se acostumbra a no beber apenas agua, para no tener que ir al cuarto de baño. Cuando paran por diez minutos para comer algo, a la una o las dos de la madrugada, lo hacen de pie. Graciela me contaba cómo a muchas se les cae el tazón de caldo de las manos; sus brazos no pueden apenas sostenerlo, entumecidos después de horas de trabajo.

Pero el resultado, para algunos, merece la pena: el crecimiento de la productividad por cada trabajador ha aumentado un 36% en los últimos años, lo que corresponde en cierta medida a los puestos de trabajo que el gremio ha eliminado paulatinamente. Y aunque los precios suben en Colombia, los trabajadores de flores siguen recibiendo el salario mínimo mensual vigente en el país, unos [US]286 dólares. La supresión de prestaciones, las presiones para no sindicarse, y los despidos colectivos ilegales, están a la orden del día. Más beneficios.

Está claro que detrás de la belleza de las flores hay mucho escondido. Por eso las organizaciones sociales y sindicales del sector promueven el 14 de febrero, coincidiendo con San Valentín, la celebración del *Día Internacional de las Trabajadoras y Trabajadores de las Flores*. Buscan así sacar a la luz sus reivindicaciones laborales, y su derecho a la contratación directa y a la organización sindical, en un sector que genera en *Colombia* cien mil empleos directos y ochenta mil indirectos, y que vive un proceso acelerado de *precarización*.

* Isabel Ortigosa, "3500 millones. Ideas irreverentes contra la pobreza". Blog, 13-2-2012; énfasis en el original.
En línea: <http://blogs.elpais.com/3500-millones/2012/02/san-valentin-flores-sin-espinas.html>

Glosario

Bloque de constitucionalidad. Normas y principios que, sin aparecer de manera formal en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Derechos de solidaridad. También conocidos como de tercera generación, son derechos de naturaleza colectiva, como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano.

Derechos fundamentales. Derechos reconocidos por los Estados a través de normas jurídicas para que todas las personas cuenten con las libertades, las oportunidades y las condiciones materiales mínimas para diseñar y llevar a cabo el proyecto de vida que desean.

Material de apoyo

Películas, videos y documentales

- *Amazing Grace* (Michael Apted, EE.UU. - Reino Unido, 2006). Cinta épica e histórica acerca del pionero luchador contra la esclavitud William Wilberforce.
- *El mayordomo/The Butler* (Lee Daniels, 2013). Esta película, ganadora de numerosos premios internacionales, cuenta la vida de Cecil Gaines, quien trabajó durante décadas en la Casa Blanca. Su historia sirve de marco para relatar otra, aquella relativa a la lucha de la comunidad negra de Estados Unidos por obtener los mismos derechos que la población blanca.
- *Hasta la última piedra* (Juan José Lozano, 2006). En Colombia, en medio del conflicto armado, el Estado no puede garantizar los derechos de los habitantes de amplias zonas. Derechos como la propiedad o a elegir libremente el lugar donde se desea residir son constantemente amenazados por los distintos grupos armados. La gran mayoría de las personas afectadas han optado por abandonar sus hogares para salvar la vida y se han convertido en desplazados. Pero hay comunidades que han decidido permanecer en sus tierras y resistir de una manera pacífica. Es el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Este documental cuenta su historia.
- *Historia de los Derechos Humanos* (Human Rights, 2009). Narra la historia del desarrollo de los derechos humanos (9,45 min). En línea: https://www.youtube.com/watch?v=a_YOdHXveM
- *Impunity* (Hollman Morris y Juan José Lozano, 2011). Recorrido documental por el conflicto armado colombiano donde se analiza el proceso de aplicación de la Ley de Justicia y Paz desde la óptica de las víctimas. Permite reflexionar sobre la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los procesos de justicia transicional.

- *Iron Jawed Angels* (Katja von Garnier, EE.UU. 2004). Cuenta la historia de un grupo de mujeres comprometidas en la lucha del reconocimiento de sus derechos en los Estados Unidos de 1910.
- *La muerte y la doncella* (Roman Polanski, EE.UU. - Reino Unido - Francia, 1994). En un país imaginario que acaba de sufrir una terrible dictadura, vive Paulina Escobar. Una noche su esposo se presenta en casa con un hombre cuyo coche ha sufrido una avería: se trata del verdugo que torturó a Paulina cuando estuvo encarcelada.
- *La zona* (Rodrigo Plá, 2007). ¿Hasta qué punto se reconoce y respeta, en una sociedad profundamente desigual, la máxima de acuerdo con la cual todos los seres humanos tienen la misma dignidad y, por tanto, son titulares de los mismos derechos? Esta película hispano mexicana presenta una historia que podría ocurrir en Colombia. En una urbanización de élite, con fuertes medidas de seguridad, tres jóvenes que entran a robar cometen un asesinato. Este hecho desencadena una verdadera cacería en contra del único superviviente de los delincuentes.
- *Los colores de la montaña* (Carlos Arbeláez, 2011). Película premiada en el Festival Internacional de Cine de San Sebastián. Cuenta, a través de los ojos de un grupo de niños, el impacto en una comunidad campesina del conflicto y el desplazamiento forzado. Invita a reflexionar sobre las posibilidades reales del ejercicio de los derechos en el marco del conflicto colombiano.
- *Milk* (Gus Van Sant, 2008). Narra la historia de Harvey Milk, el primer político abiertamente homosexual elegido para ocupar un cargo público en Estados Unidos. El relato de su vida refleja el surgimiento del movimiento por los derechos de la comunidad gay en ese país a lo largo de la década de los setenta del siglo xx.
- *Retratos en un mar de mentiras* (Carlos Gaviria, 2009). Marina, una joven retraída y maltratada por casi todos quienes la rodean, emprende, tras la muerte de su abuelo, un viaje a través de Colombia con el fin de recuperar las tierras que ella y su primo debieron abandonar cuando eran niños. Esta historia de ficción suscita preguntas sobre la garantía de los derechos más esenciales en un contexto como el colombiano, así como las huellas que la violencia imprime en las víctimas del conflicto.

Libros

- *Hijas difíciles* (Manju Kapur). En la religión hindú, por ejemplo, la dignidad del ser humano está ligada al cumplimiento de una serie de deberes para con la familia, la sociedad y el universo. Esta concepción se refleja en las novelas indias contemporáneas. Así, la protagonista de la novela afirma, en un momento de la trama, que desea envejecer pronto, pues solo los viejos tienen derechos. Estos se ganan tras una vida rectamente vivida. Los jóvenes solo tienen obligaciones.
- *El síndrome de Ulises* (Santiago Gamboa). En esta novela se relata la historia de un joven escritor colombiano que ha decidido buscar su destino en París. Una dura historia de migración y desarraigo que permite reflexionar sobre el vínculo entre ciudadanía, derechos fundamentales y nacionalidad. La pregunta que plantea en esencia es: si los derechos son reconocidos a todo ser humano por el solo hecho de serlo, ¿por qué se establecen diferencias entre nacionales y extranjeros?
- *El vagón de las mujeres* (Anita Nair). Seis historias de mujeres indias contemporáneas que permiten reflexionar sobre el impacto de la cultura y las presiones sociales en la capacidad del ser humano para construir su proyecto de vida.

Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 2014 [1764].

Bonilla, Daniel. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2006.

Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Foucault, Michael. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2013 [1975].

Hunt, Lynn. "Los orígenes revolucionarios de los Derechos Humanos". *Istor* V, núm. 19 (invierno 2004).

López Guerra, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

Montesquieu, barón de [Charles-Louis de Secondat]. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza, 2015 [1748].

Montero, Rosa. *Historias de mujeres*. Madrid: Alfaguara, 1998.

Pérez de Armiño, Karlos (dir.). *Diccionario de acción humanitaria y cooperación internacional*. Barcelona: Icaria, 2002.

Rodríguez-Toubes, Joaquín. *La razón de los derechos*. Madrid: Tecnos, 1995.

Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.

_____. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre - Uniandes, 1998.

Teitel, Ruti. "Transitional Jurisprudence. The Role of Law in Political Transformation". *The Yale Law Journal* 106, núm. 7 (1997).

Uprimny, Rodrigo. "Constitución de 1991. Estado social y Derechos humanos: Promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas". En VV.AA., *El debate a la Constitución*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2002.

Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002.

El andamiaje del Estado colombiano: fichas y modelos para armar

Antonio Barreto Rozo

Democracia
descentralización
pluralismo
participación



Objetivos de aprendizaje

- Aportar a la autorreflexión sobre la responsabilidad que tenemos los ciudadanos de ser veedores del trabajo de los funcionarios del Estado, elegir a los más idóneos y participar de manera activa en la transformación de la realidad social.
- Ampliar la comprensión de la necesidad del trabajo armónico entre las ramas del poder público y de que no haya concentración del poder, para el ejercicio de la democracia en Colombia.
- Acercarse al estudio del Estado colombiano a partir del entendimiento de principios institucionales básicos, como la separación de los poderes públicos y el sistema de frenos y contrapesos.
- Presentar el panorama institucional general del Estado colombiano.
- Conocer puntos básicos de tensión presentes en las ramas del poder público colombiano.



Guía de estudio

En Colombia, como en otras democracias, hay una serie de tensiones en el funcionamiento de las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial. Estas tensiones resultan del diseño mismo de las instituciones, que busca expresar cómo debe ser un Estado Social de Derecho. Al igual que en el capítulo 2: “El rompencabezas de la democracia: fichas y modelos para armar” (sección 1), en este se presentan gráficas a manera de “modelos para armar”, construidas a partir de “fichas” o elementos de análisis resaltados para el lector a lo largo del texto en letras cursivas, las cuales permiten adentrarse en las complejidades de los modelos representados en las instituciones públicas colombianas.

Introducción

Con la expedición en 1991 de la Constitución Política, Colombia se constituyó como un “Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista” (art. 1). Esta disposición constitucional define al Estado colombiano, y, para comprenderla mejor, en este capítulo se hace una revisión general de la estructura del aparato estatal, así como un estudio de ciertas dinámicas presentes en los poderes públicos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, que pueden ser denominadas como las tensiones democráticas básicas en su funcionamiento. Estas tensiones se ven, primero, en el diseño mismo de la estructura del Estado, por ejemplo, entre una República unitaria y una federal o una centralizada y una descentralizada; y segundo, en el ejercicio mismo de las tres ramas del poder público, por ejemplo, la tensión entre la democracia representativa y la participativa en el diseño de la Rama Legislativa, la tensión entre el poder del gobierno y el poder de los gobernados en el diseño de la Rama Ejecutiva y la tensión entre la voluntad democrática y la garantía de los derechos en la Rama Judicial. Veamos estos asuntos uno por uno.

La democracia colombiana: observaciones preliminares sobre la estructura estatal

Vista como un sistema de gobierno, la democracia¹ colombiana se encuentra constituida, en primera medida, como una república unitaria. Que sea unitaria implica, entre muchas cosas, que el Estado central colombiano se reserva de forma exclusiva la facultad de adoptar una Constitución, de expedir leyes y de aplicar el derecho en casos concretos a través de una administración de justicia. Ello se opone al Estado federal, donde los estados federados que lo componen comparten con él –en una división más o menos compleja de competencias– las funciones constitucional, legislativa y judicial².

El rasgo unitario de la república colombiana también explica que el Estado, como nación³, sea una persona jurídica⁴, es decir, que pueda contratar y adquirir obligaciones y

1 Este tema se aborda con mayor detalle en el capítulo 2 “El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar”, por Antonio Barreto Rozo.

2 El carácter unitario, mas no federado, del Estado colombiano también explica que la Rama Legislativa en este país tenga un solo cuerpo que la representa, el Congreso, que está en Bogotá. Así mismo, explica que los cuerpos colegiados elegidos a nivel municipal y departamental –a saber, los concejos municipales y las asambleas departamentales– sean “corporaciones administrativas” que no expiden leyes, sino actos administrativos, ya que son parte de la Rama Ejecutiva y no de la Rama Legislativa. Si expidieran leyes, ello constituiría un rasgo más acorde con un régimen político federado. El único ente autorizado para expedir leyes en nuestro país, como ya se anotó, es el Congreso de la República. Esta obra cuenta con un capítulo especial para cada rama: en el capítulo 6, “La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva”, Miguel Malagón Pinzón y Diana Durán Smela estudian esta rama; en el capítulo 7, “El Congreso de Colombia: caracterización de una institución en crisis”, Andrea Celemín estudia la Rama Legislativa, y en el capítulo 8, “Justicia: ¿derecho o privilegio?”, Isabel Cristina Jaramillo estudia la Rama Judicial.

3 Ley 153 de 1887 (art. 80).

4 Para el derecho hay “personas naturales” y “personas jurídicas”, ambas con la facultad de disponer de derechos y obligaciones en sus cabezas, por ejemplo, con la capacidad para obligarse con la firma de un contrato. Mientras las primeras refieren a los seres humanos como tales, las segundas –como una ficción que precipita consecuencias de gran importancia– refieren a organizaciones o instituciones públicas y privadas en general.

Actividad 1

Para investigar

Lea el texto y responda las preguntas.

Sabiendo que en la segunda mitad del siglo XIX la República de Colombia también fue un Estado federal, y con base en la lectura del capítulo, diga:

1. ¿Qué rasgos básicos la caracterizaron?
2. ¿Cuáles argumentos hay a favor y cuáles en contra de que Colombia sea una federación en lugar de una república unitaria?
3. Defienda uno u otro modelo para Colombia.

responsabilidades a nombre de una entidad cuyo poder se extiende sobre todo el territorio nacional. Aun así, es importante señalar que la nación está dividida en entidades territoriales (departamentos y municipios) y el Estado central debe respetar la “autonomía de sus entidades territoriales”⁵. Esta autonomía, como mandato y valor, irradia en distintas formas y gradaciones –autonomía política, administrativa, fiscal, técnica, académica, entre otras– a lo largo y ancho de la administración pública.

La explicación de esta división, y el respeto que implica, es que la República, además de ser unitaria, es descentralizada. Se han señalado dos grandes ámbitos de descentralización: por territorio y por servicios. En la descentralización territorial, la República se divide en departamentos y municipios, y estos son personas jurídicas autónomas del Estado central, es decir, con derechos y obligaciones a nombre propio y no a nombre de la nación⁶. En la por servicios, el Estado se desdobra en una inmensa cantidad de entes, empresas y sociedades, que son autónomos para cumplir sus propias funciones en materia de salud, educación, infraestructura, entre muchos otros campos⁷.

5 Constitución Política de Colombia (art. 1). Tal autonomía les da a las entidades territoriales –como departamentos, municipios, distritos o territorios indígenas– las siguientes facultades: “1. Gobernar por autoridades propias; 2. Ejercer las competencias que les correspondan; 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; 4. Participar en las rentas nacionales” (art. 287).

6 Ley 153 de 1887 (art. 80).

7 Suele agregarse un tercer tipo de descentralización, aquella “por colaboración”, que prevé la ayuda de los particulares en la

Un ejemplo es el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que también es una persona jurídica autónoma del Estado central y tiene derechos y obligaciones a nombre propio y no a nombre de la nación.

Debe aclararse que la descentralización constituye un fenómeno jurídico distinto de la desconcentración y delegación de funciones⁸. Una manera sencilla de entenderlo consiste en saber que dentro de las entidades del nivel centralizado –como la Presidencia de la República– o del nivel descentralizado –como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF– se pueden delegar funciones a representantes o sedes regionales sin personería jurídica –por ejemplo, el SENA en Cartagena–. Por regla general, cuando se descentraliza se confiere personería jurídica al ente así descentralizado, pero cuando se desconcentran funciones las mismas se transfieren, sin crear una nueva persona jurídica que deba responder por sí misma o de forma autónoma. Sigue respondiendo la entidad central. Así, en el ejemplo, el SENA en Cartagena no adquiere obligaciones a nombre propio, sino a nombre del SENA nacional.

Ahora bien, la autoridad de la República de Colombia se encuentra dividida en tres poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial. La triple división del poder estatal, como ideal, conlleva al menos dos rasgos sobresalientes: la separación de poderes públicos, de un lado, y el sistema de frenos y contrapesos, del otro. Respecto a la separación de poderes, se trata de dejar claro que los que hacen la ley (los legisladores) deben ser diferentes de aquellos que la hacen cumplir, incluso apelando a la fuerza (el ejecutivo) y de aquellos que la deben adjudicar en casos concretos (la jurisdicción), todos los cuales despliegan un poder restringido, no ilimitado.

Esa separación de poderes no significa que haya desconexión entre ellos, ya que su funcionamiento sincronizado constituye la base para realizar los fines y políticas públicas básicas del Estado, comunes a las tres ramas. De este modo, y pasando al segundo rasgo mencionado, la estructura del Estado se encuentra determinada

prestación de servicios públicos. Constitución Política de Colombia (art. 365).

8 En la delegación de funciones se “exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario”. Constitución Política de Colombia (art. 211).

Actividad 2

Para investigar

Investigue un ejemplo de descentralización por servicios en Colombia y a partir de él responda:

1. ¿Qué servicio se descentraliza?
2. ¿Por qué cree que ese servicio es descentralizado?
3. ¿Qué significa que el servicio esté descentralizado?

por la separación de los poderes públicos, de los cuales se espera mutua colaboración⁹, pero también, en igual medida e importancia, su mutuo control, fiscalización y contrapeso.

Es este el esquema que la tradición constitucional liberal ha denominado como de frenos y contrapesos¹⁰. La expresión “frenos” evoca la célebre frase de Montesquieu conforme a la cual, para evitar que el ejecutivo y el legislativo se entrometan en sus propias funciones, deben ser concebidos como un poder que *frena* el poder¹¹. El enunciado “contrapesos”, por su parte, expresa la idea de Locke –en general, del republicanismo inglés del siglo XVII– de articular el gobierno a partir de dosis “moderadas” y “equilibradas” de poder, para con ello prevenir la formación de nichos absolutos e incontrolados del mismo que terminen estropeando los derechos de los individuos¹². Este marco estatal –con las exigencias de separación, control y colaboración de los poderes públicos y de los órganos del Estado en general– cuenta con una estructura o configuración orgánica que vale la pena enunciar de forma panorámica.

9 La Constitución Política de Colombia (art. 113) establece que los “diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

10 O *check and balances*, en su acepción en inglés. Véase Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001), 96.

11 “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (Madrid: Tecnos, 2000), 106.

12 Por ello, para John Locke la idea consistía en “equilibrar el poder del gobierno poniendo varias partes de él en distintas manos”. *Ensayo sobre el gobierno civil* (México: Porrúa, 2008), 63. Desde este punto de vista amplio, arreglos institucionales como el bicameralismo, el control de constitucionalidad (o *judicial review*), la objeción presidencial, la moción de censura, entre muchos otros, constituyen mecanismos de freno y contrapeso.

La Rama Legislativa

La Rama Legislativa se encuentra personificada por el Congreso de la República, que a su vez se divide en dos cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes. El foro de congresistas –senadores y representantes a la Cámara– tiene el poder de convertir diversos tipos de propuestas en leyes obligatorias para todos los ciudadanos del país¹³. A diferencia de lo que ocurre en las ramas Ejecutiva y Judicial, el poder legislativo no establece gradaciones jerárquicas entre los principales funcionarios que lo componen (los congresistas), ya que se espera que todos ellos en igual medida representen la “voluntad general”¹⁴ de aquellos que los eligieron mediante su voto. Por ello, la estructura del poder legislativo es *horizontal*: el Senado se encuentra al mismo nivel de la Cámara de Representantes. Tanto a los representantes como a los senadores se les aplica el mismo régimen de conducta¹⁵. Así mismo, cada cámara se encuentra compuesta por comisiones permanentes que son las encargadas de



Marcela Velásquez

Capitolio Nacional de Colombia, sede del Congreso de la República en Bogotá.

13 El Congreso cumple con otras tareas que evocan las funciones desempeñadas por las otras dos ramas, a saber: la Ejecutiva y la Judicial. Así, por ejemplo, acusa y juzga a altos funcionarios del Estado –labor judicial establecida en la Constitución Política de Colombia (arts. 174 y 175)– y provee los empleos para el funcionamiento de cada cámara –función ejecutiva o administrativa prevista en la Constitución (art. 135, num. 5)–. Lo mismo ocurre con las otras dos ramas, esto es, que cumplen con ciertas “funciones cruzadas” características de las ramas restantes.

14 Véase Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social o Principios de derecho político* (Bogotá: Tecnos, 1987), 103-105.

15 Sobre el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses aplicado a los congresistas, véase la Constitución Política de Colombia (arts. 179-187).

Diagrama 1 Composición de la Rama Legislativa



estudiar temas específicos y dar el primer debate sobre los proyectos de ley en el tema de su especialidad.

Las comisiones del Senado y de la Cámara son recíprocas. Por ejemplo, la Comisión Primera del Senado sobre asuntos constitucionales es equivalente a la Comisión Primera de la Cámara que estudia los mismos asuntos¹⁶. Así, las leyes siguen un proceso para ser aprobadas, que no implica una jerarquía, sino que busca que se den por lo menos cuatro debates, así: el primero en la comisión especializada de cualquier cámara, el segundo en la plenaria de dicha cámara, el tercero en la comisión especializada de la segunda cámara y el cuarto en la plenaria de la misma. Por regla general, un proyecto de ley puede iniciar tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes.

Como muestra el Diagrama 1, el Congreso de la República está compuesto por el Senado y la Cámara, como

instancias de elección popular que, a su vez, se subdividen en comisiones, sin que haya jerarquía entre las comisiones o entre Cámara y Senado.

La Rama Ejecutiva

La Rama Ejecutiva se caracteriza por realizar o poner en marcha las diferentes leyes, decisiones y políticas públicas que día tras día debe adelantar el Estado¹⁷. A diferencia del poder legislativo, y al igual que el judicial, la Rama Ejecutiva tiene una estructura compleja, con varias jerarquías, donde se pueden encontrar ámbitos donde el inferior cumple estrictamente las instrucciones dadas por el superior¹⁸ o donde el inferior actúa con un amplio margen de autonomía en relación con las esferas superiores¹⁹. La estructura del poder ejecutivo es *vertical*. A su cabeza se encuentra el presidente de la república, quien se desempeña como el máximo representante del Estado, del gobierno y de la administración pública²⁰.

Actividad 3
Para reflexionar

Con base en la lectura del capítulo, responda por qué es importante que quien haga las leyes no sea el mismo que quien las aplica y/o ejecuta.

16 Esto no implica que dentro del Congreso no existan jerarquías, y es por ello que sus espacios colegiados, donde se toman decisiones por mayorías, cuentan por regla general con una mesa directiva compuesta por un presidente, dos vicepresidentes y un secretario. Véase el Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992, arts. 34, 40, 41 y 50). Sin embargo, estos cargos son rotatorios.

17 Por esta función de *ejecutar* decisiones y políticas públicas a esta rama se la denomina *poder ejecutivo* y es mediante este poder como desempeña todas las labores enunciadas en la Constitución (art. 189), las cuales incluyen asuntos tan importantes como la preservación del orden público, la dirección de las relaciones internacionales, la reglamentación de las leyes y la prestación de los servicios públicos, entre muchos otros.

18 Piénsese en la relación jerárquica dentro de las Fuerzas Armadas o en la rendición inmediata de cuentas que el presidente puede exigir a cada uno de sus ministros.

19 Es lo que ocurre, por ejemplo, con las alcaldías y las gobernaciones, las cuales, si bien orgánicamente forman parte de la Rama Ejecutiva (Constitución Política de Colombia, art. 115, inc. 5), gozan de un margen considerable de autonomía local frente al poder central para gestionar sus propios intereses (art. 287).

20 El presidente, en nuestro sistema presidencial de gobierno, es al mismo tiempo jefe de Estado, jefe de gobierno y supremo

Diagrama 2 Composición de la Rama Ejecutiva



El Diagrama 2 muestra cómo se organiza la Rama Ejecutiva en el sector central o centralizado, el sector descentralizado por territorio y el sector descentralizado por servicios. El sector central está compuesto por el presidente de la república, elegido por voto popular; el vicepresidente, también elegido por voto popular en fórmula con el presidente; y los departamentos administrativos, ministerios y consejos superiores de la administración, nombrados como indica el Diagrama 2. El sector descentralizado

por territorio se compone de municipios, departamentos, provincias, regiones y territorios indígenas o nativos; sin embargo, las provincias y regiones aún no gozan de implementación completa en Colombia. Por último, el sector descentralizado por servicios se compone de superintendencias, establecimientos públicos, sociedades de economía mixta público-privada y empresas de propiedad del Estado.

La Rama Judicial

La función básica de la Rama Judicial es resolver conflictos aplicando las leyes de forma imparcial y autónoma, en toda la diversidad de casos que requieran zanjarse

autoridad administrativa (Constitución Política de Colombia, art. 189). Así mismo, el presidente, en cada negocio particular, constituye gobierno con el ministro o director de departamento administrativo respectivo (art. 115, inc. 3).

Presidencia de la República.



El presidente Juan Manuel Santos (2010-2014 y 2014-2018) y su gabinete.

mediante una decisión última y definitiva²¹. Al igual que la Rama Ejecutiva y a diferencia del poder legislativo, la estructura de la Rama Judicial es de tipo jerárquico, donde las esferas de mayor nivel corresponden a los jueces que deciden de forma colegiada –se los denomina magistrados y su máxima expresión son las Altas Cortes–²² y las de menor escala a jueces que deciden los casos en sus respectivos despachos de forma individual²³. Así, el poder judicial se divide en jurisdicciones que mantienen una estructura *vertical*²⁴ que busca preservar –entre otros objetivos– el principio de la doble instancia, que da la posibilidad de que la decisión de un juez determinado sea revisada por su superior inmediato.

El Diagrama 3 muestra la composición de la Rama Judicial estructurada de forma jerárquica, con las Altas Cortes

en la cima de la pirámide. En orden descendente se presentan los tribunales superiores del distrito judicial, los jueces del circuito, los jueces municipales y los jueces promiscuos. Además, son parte de la rama, sin tener relación jerárquica con las Altas Cortes, la Fiscalía General de la Nación, que investiga los delitos, y las autoridades indígenas, que gobiernan en sus territorios.

Organismos de control

Finalmente, en este análisis de la estructura del Estado²⁵ resulta importante mencionar los organismos de control, cuya labor principal consiste en vigilar y fiscalizar, también de forma independiente y autónoma, las labores realizadas por las ramas del poder público y los distintos órganos estatales en general. Esta tarea se realiza básicamente desde dos frentes institucionales: el Ministerio Público²⁶, cuyo máximo director es el Procurador General de la Nación, encargado de manera primordial de adelantar el control disciplinario de las conductas de los servidores públicos²⁷, y la Contraloría General de la

21 Las decisiones así tomadas son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas, ya que hacen tránsito a cosa juzgada y prestan ellas mismas mérito ejecutivo.

22 A saber, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. A ellas las siguen en nivel jerárquico, en su respectiva jurisdicción, los tribunales superiores del distrito judicial.

23 Por ley, jueces del circuito, jueces municipales y jueces promiscuos.

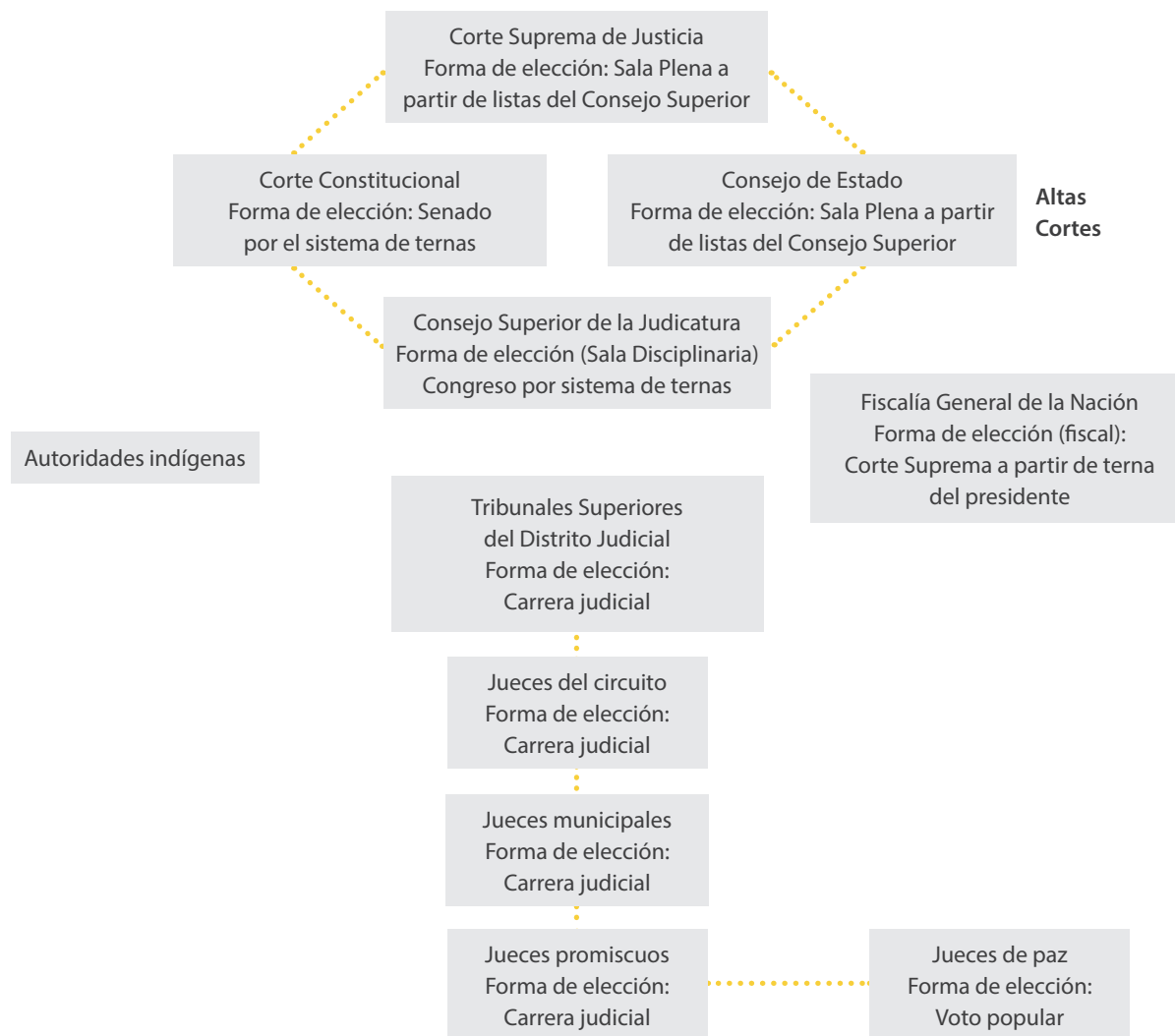
24 Las jurisdicciones que lo componen son la constitucional, la ordinaria, la contenciosa-administrativa, la disciplinaria-administrativa de la rama, así como la jurisdicción de paz compuesta por los jueces de paz y de reconsideración. La Ley 1285 de 2009 (art. 4) eliminó el calificativo de “jurisdicción” para referirse a las funciones judiciales que también cumplen los pueblos indígenas. En este mapa general no se pueden perder de vista las labores básicamente investigativas que adelanta la Fiscalía General de la Nación.

25 Sondeo ciertamente incompleto, ya que quedan diverso tipo de “organismos” por cubrir – por ejemplo, Banco de la República, cámaras de comercio, etc.– y, aún más importante, distintos “aspectos” del Estado por analizar, como el electoral, el industrial, etc.

26 El Ministerio Público se encuentra conformado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las Personerías Distritales y Municipales. Constitución Política de Colombia (art. 118).

27 La lista completa de funciones que cumple la Procuraduría está en la Constitución Política de Colombia (arts. 277, 278 y 282).

Diagrama 3* Composición de la Rama Judicial



* Véase un estudio más detallado de la Rama Judicial en el capítulo 8 "Justicia: ¿derecho o privilegio", por Isabel Cristina Jaramillo Sierra.

República²⁸, cuya tarea básica es el control fiscal y velar por el manejo adecuado de los recursos públicos.

Aunque la Contraloría y la Procuraduría son los principales órganos de control del Estado, no son los únicos. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo, entre otras actividades, tiene destinado divulgar y promover los derechos

humanos e impulsar acciones de tutela, acciones populares y el derecho de *habeas corpus* cuando resulte necesario. Otro ejemplo son las personerías distritales y municipales, las cuales tienen encomendado vigilar la conducta –también desde un punto de vista predominantemente disciplinario– de los servidores públicos del distrito o municipio respectivo. En general los organismos de control tienen la misión institucional de vigilar la debida gestión y la buena conducta de los funcionarios públicos, el buen uso de los recursos públicos, la realización de los derechos humanos y la protección del interés público.

28 El ejercicio del control fiscal lo adelantan la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales (Constitución Política de Colombia, arts. 267 y 272). El auditor general, a su turno, es el encargado de fiscalizar y auditar a la Contraloría General como tal (art. 274).



Marcela Velásquez

Palacio de Justicia, Bogotá.

En cuanto a su composición, los organismos de control, por regla general, poseen una estructura interna jerárquica, que se desdobra, dependiendo del territorio y de las funciones que estén siendo considerados. Así, hay oficinas que desarrollan sus funciones en el ámbito nacional²⁹ y hacen parte del sector centralizado, otras cumplen su tarea dentro de un ámbito territorial determinado –departamental, municipal, etc.– y forman parte integral del sector descentralizado³⁰. El Diagrama 4 muestra las diferentes entidades que componen el Ministerio Público y las que ejercen control fiscal.

Luego de haber realizado una exploración inicial de la estructura del Estado colombiano, veamos algunas tensiones básicas relacionadas con la forma democrática del gobierno, presentes en cada rama del poder público.

29 Este es el caso de las procuradurías delegadas. Constitución Política de Colombia (art. 118).

30 Este es el caso de instancias como las personerías distritales y municipales –para el control disciplinario– y las contralorías departamentales, distritales y municipales –para el control fiscal–. Por ello, a los personeros los eligen los concejos distritales y municipales respectivos (Constitución Política de Colombia, art. 313, num. 8), mientras a los contralores territoriales los eligen las asambleas departamentales o los concejos distritales y municipales respectivos (art. 272).

Actividad 4

Para investigar

Lea el siguiente caso hipotético y responda las preguntas.

En las afueras de Medellín un grupo de personas desplazadas por la violencia paramilitar del oriente antioqueño construyen un grupo de viviendas. Las fabrican sin permisos en una ladera muy empinada y allí se agrupan unas cuarenta familias, incluyendo 163 niños y niñas. Al empezar el invierno, las casas empiezan a deslizarse. El agua trae también basura y aguas negras de los barrios ubicados más arriba en la montaña, lo que ocasiona múltiples enfermedades a los niños y niñas. Los moradores del barrio vecino le informan al grupo de desplazados que existe un contrato entre una empresa privada y el municipio de Medellín para fortalecer la montaña ante el invierno con desagües y talanqueras, pero que los contratistas empezaron la obra y la dejaron inconclusa, sin que nadie del municipio haya tomado cartas en el asunto. Las zanjas que cavaron debilitaron aún más la montaña y con cada lluvia la situación se vuelve más precaria.

1. ¿Qué pueden hacer y ante quién pueden acudir para pedir ayuda?
2. Revise las competencias de las tres ramas del Estado y de los organismos de control e identifique cuáles pueden ayudar a solucionar la situación.

Rasgos de la democracia colombiana: tensiones democráticas en las ramas del poder público

Las tensiones democráticas en las ramas del poder público constituyen aspectos o factores institucionales presentes en democracias como la colombiana que, justamente por encontrarse en mutua interacción, encuentro o desencuentro, la hacen lenta o la dinamizan. En relación con el poder legislativo, podrían destacarse las tensiones democráticas entre mayorías vs. minorías y representación vs. participación³¹. Respecto a la tensión entre mayorías

31 Debe aclararse que estas dos tensiones no solo ocurren dentro del radio del poder legislativo, sino en puntos diversos del Estado

Diagrama 4 Composición de los organismos de control



y minorías, el filósofo y jurista fundador del utilitarismo moderno del siglo XVIII, Jeremy Bentham, advirtió el peligro de que la comunidad en general no tuviera control alguno sobre el gobierno imperante. En sus palabras, una medida de gobierno “no es sino una clase de acción particular realizada por una persona o personas particulares”³², de modo que una minoría, ciertamente poderosa, podría terminar derogando indebidamente los intereses de la mayoría o “la felicidad de la comunidad”³³. Algunos años después, uno de sus pupilos y máximos seguidores, el pensador político y económico John Stuart Mill, junto al francés Alexis de Tocqueville, pondrían su atención en otro peligro de la configuración política contraria: el de la tiranía de las mayorías sobre las minorías. En efecto, “el pueblo *puede* incluso aspirar a la opresión de una parte de sí mismo”³⁴, esto es, las tendencias mayoritarias

y de la sociedad. Lo importante es que dichas tensiones *reflejan* de forma clara lo que está en juego cuando se legisla en una democracia. Lo mismo se puede decir de las otras tensiones que serán señaladas en relación con los poderes ejecutivo y judicial.

32 Jeremy Bentham, *Los principios de la moral y la legislación* (Buenos Aires: Claridad, 2008), 13.

33 Bentham, *Los principios de la moral*.

34 John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Madrid: Edaf, 2004), 42, 43. Por su parte, Alexis de Tocqueville, en *La democracia en América* (Madrid: Guadarrama, 1969), 169, de su formidable viaje a los Estados Unidos de la primera mitad del siglo XIX, señalaba que “el mayor peligro de las repúblicas americanas viene de la omnipotencia de

Actividad 5

Para reflexionar

Lea el texto y responda la pregunta conforme a la tensión analizada. Sustente a partir de la lectura.

¿Resulta adecuado sostener, para el caso de la democracia colombiana actual, que las mayorías deben prevalecer sobre las minorías o quizás lo contrario?

imperantes pueden de forma ilegítima volverse en contra de las aspiraciones y los intereses minoritarios no dominantes.

En relación con la segunda tensión entre representación y participación, debe anotarse que el énfasis democrático puede colocarse bien en la representación de mayorías o de minorías o bien en la participación de ambas instancias. La representación refiere al gobierno de un individuo o grupo de individuos que representa a los

la mayoría” y, de forma premonitoria a la funesta Guerra de Secesión que allí tendría lugar, advertía que si “la libertad se pierde en América, habrá que acusar a la omnipotencia de la mayoría que conduzca a las minorías a la desesperación y las obligue a recurrir a la fuerza material” (p. 170).

votantes que lo eligieron. La participación, por su parte, se refiere a la toma de decisiones directa por parte del pueblo. Así, en ciertos esquemas de conocimiento, la *representación prima sobre la participación*. Por ejemplo, se ha señalado que “incluso bajo circunstancias óptimas, en cualquier sistema tan grande como un país, el *demos* [pueblo] será demasiado grande [...] como para permitir cumplir con el ideal de participación”³⁵. Sin embargo, otros buscan que la *participación prime sobre la representación*³⁶ de manera que las decisiones las tome este mismo *demos* de forma directa. El modelo de democracia representativa tiende más al primer extremo enunciado, mientras el de democracia participativa se inclina hacia el segundo.

No obstante, con frecuencia las discusiones sobre estos modelos de democracia no son muy esclarecedoras, partiendo por los significados mismos de las nociones de participación y representación. Así, por ejemplo, en uno de sus sentidos participar consiste en encontrarse debidamente representado, mientras que en otro la participación se opone a la representación, en la medida que estar representado de por sí conlleva la imposibilidad de participación directa del representado. Es este segundo sentido el que James Madison, uno de los fundadores de la democracia estadounidense, parece tener en mente cuando precisa que una diferencia entre las democracias antiguas y el gobierno moderno estadounidense “reside en la *exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo*, de toda participación en este”³⁷.

Las posibilidades y las restricciones de la participación y la representación han conducido a distintas concepciones de democracia. Históricamente, para los demócratas liberales clásicos, por regla general, *la democracia se*

Actividad 6

Para investigar

De acuerdo con lo leído, y a partir de una investigación en prensa, presente un caso en el que, al menos en teoría, funcione mejor la democracia representativa y otro en el que funcione mejor la democracia participativa.



Plaza de Bolívar de Bogotá. Marcha por la paz, 9 de abril de 2013.

satisface con la representación, mientras que para los demócratas radicales *la democracia se satisface con la participación*³⁸. Así mismo, para el primer caso, *la delegación de decisiones políticas se torna en un factor necesario*, pues se asume que la representación política entraña la necesidad de los ciudadanos de delegar asuntos en el gobierno. En contraste, en el segundo caso *la delegación política no surge como factor necesario*.

Finalmente, se puede anotar que la democracia liberal representativa, como modelo dominante actual, *permite la pasividad ciudadana*, en la medida que los ciudadanos representados suelen recostarse sobre la cómoda –pero

35 Robert Dahl, *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control* (México: Alianza, 1991), 22.

36 Slavoj Žižek, por ejemplo, ha reclamado que donde “la democracia se queda corta es en referencia al exceso constitutivo presente en el esquema de representación sobre los representados”. “From democracy to divine violence”, en Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* (Nueva York: Columbia University Press, 2009), 118.

37 James Madison, “El federalista, LXIII”, en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 270.

38 Para una excelente reconstrucción del canon liberal y el canon radical en la América de finales del siglo XVIII y primera mitad del XIX, véase Roberto Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)* (Madrid: Siglo XXI, 2005). En materia democrática, los radicales, en contraste con los liberales, tienden a condicionar el respeto de los derechos “a los reclamos y necesidades de las mayorías” (p. 3).

Modelo para armar 1

La democracia colombiana vista desde el poder de las mayorías y de las minorías



legítima—presunción de que quienes trabajarán y actuarán por ellos serán sus representantes. Este escenario busca ser evitado en el campo democrático de la participación directa, caracterizado justamente por movilizar causas y así *promover el activismo ciudadano*³⁹. Esto resulta muy importante en democracias como la colombiana, históricamente afectada por una debilidad significativa de la participación ciudadana, un Congreso de continuo desprestigiado y un constante —y preocupante— abstencionismo electoral⁴⁰. La profundización de la democracia en nuestro medio dependerá en gran medida de la creatividad para articular las formas representativa y participativa de la democracia aquí mencionadas.

El modelo para armar sobre este tema puede ser el siguiente: en un extremo se encuentra la propuesta de la democracia representativa, en la cual la representación

prima sobre la participación, la democracia se satisface con la representación, las decisiones políticas se delegan y, fuera del voto, los ciudadanos desempeñan un papel pasivo. En el otro extremo está la democracia participativa, en la cual la participación prima sobre la representación, la democracia se satisface con la participación, no es necesario delegar la toma de decisiones políticas y se promueve el activismo ciudadano.

En relación con el poder ejecutivo y la administración pública en general, los distintos aspectos de tensión democrática parecen darse en relación con el vasto y contundente surgimiento de las burocracias de Estado modernas, entendidas como el cuerpo especializado de servidores públicos cuya función primordial consiste en materializar los fines básicos de dicho Estado. Como lo estableciera el sociólogo y economista político alemán Max Weber en las primeras décadas del siglo XX, en “el Estado moderno, el verdadero dominio, que no consiste ni en los discursos parlamentarios ni en las proclamas de monarcas, sino en el manejo diario de la administración, se encuentra necesariamente en manos de la burocracia, tanto militar como civil”⁴¹.

Cabe entonces preguntarse hasta qué punto la ciudadanía ha perdido control y poder de decisión sobre los

39 Son varios los casos de activismo ciudadano y participación democrática que se han estudiado en distintas latitudes, como por ejemplo la iniciativa brasileña del presupuesto participativo en el ámbito municipal, los avatares de la comunidad de paz colombiana de San José de Apartadó o los distritos de autogobierno o *panchayats* en la India. Véase Boaventura de Sousa Santos, *Democratizing democracy –Beyond the liberal democratic canon* (Londres - Nueva York: Verso, 2007), xxxiv-lxxiv.

40 Por ejemplo, en las elecciones presidenciales de 2010 —donde resultó ganador Juan Manuel Santos— el abstencionismo fue de 55,66% de votantes que hubieran podido ejercer su derecho al sufragio y simplemente no lo hicieron. Véase página web la Registraduría Nacional del Estado Civil (<http://www.registraduria.gov.co>) en la pestaña “Electoral”.

41 Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, t. I (México: Fondo de Cultura Económica, 1997), 1060.

Actividad 7

Para discutir

1. Lea y explique, con base en la lectura del capítulo, esta afirmación: “En el Estado moderno, el verdadero dominio está en el manejo diario de la administración”.
2. ¿Está de acuerdo con darle tanta importancia a la burocracia?

asuntos de gobierno, ahora en manos de las burocracias. Se trata de un problema de autogobierno: si tales asuntos están más allá del alcance del proceso democrático, entonces el *control estatal* desplegado por los burócratas sobre los gobernados será una realidad imperante frente al *control ciudadano* ejercido sobre dichos burócratas gobernantes. El desbalance entre estos escenarios se hace mayor si se tiene en cuenta que la dinámica burocrática, en contraste con la sinergia democrática del ciudadano común, tiene lugar mediante “un cuerpo de trabajadores intelectuales altamente calificados y capacitados profesionalmente por medio de un prolongado entrenamiento especializado”⁴².

Si bien en la democracia colombiana existe una división entre el funcionario político y el funcionario técnico –el político y el tecnócrata⁴³–, lo cierto es que el *saber especializado de la burocracia* riñe con la realidad de una lógica como la de la democracia, donde *el saber especializado no es un factor necesario*, ya que, en efecto, al Congreso de la República, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales pueden llegar personas que no dominen saber técnico o especializado alguno. Ello ocurre en una historia democrática que, como la colombiana, ha sido testigo de un gran abismo entre, por un lado, una realidad de formas macroinstitucionales y macroeconómicas –manejadas por burócratas– relativamente estables y, por otro, una espiral de violencia cruda y de desigualdad social alarmante⁴⁴.

42 Weber, *Economía y sociedad*, 1068.

43 Al respecto, véase Antonio Barreto, *Venturas y desventuras de la Regeneración* (Bogotá: Uniandes, 2011), en especial la sección “La administración pública como ámbito específico de profesionalización: la burocracia estatal”.

44 Véase Daniel Pécaut, *Orden y violencia: Colombia 1930-1954*,

Otro aspecto que no puede perderse de vista en el manejo democrático de las burocracias estatales es la *discrecionalidad* con la que ellas realizan sus funciones cotidianamente, motivadas por sus preocupaciones individuales. Ello puede conducir a que las autoridades vayan en contra de la idea democrática básica según la cual solo deben hacer lo que constitucional y legalmente se les manda. Ante esta realidad, uno de los mecanismos más generalizados que ha sido adoptado en las democracias para devolverle el control al individuo del común consiste en la *rendición de cuentas*. Con ella se espera no solo que los ciudadanos sientan que su participación política es efectiva, sino también que se aseguren de que los gobiernos de turno cumplan con aquello para lo cual fueron elegidos. Un asunto clave para contextos como el colombiano, caracterizado en distintos ámbitos por una concentración excesiva y antidemocrática de poder en manos de unos pocos.

Por último, debe anotarse que una ciudadanía débil, poco consciente y no exigente consigo misma también se ha visto acompañada en nuestro contexto por el afianzamiento de un poder ejecutivo todopoderoso, en ocasiones mesiánico. La indebida *expansión del poder presidencial* de manera frecuente conduce a escenarios donde, en lugar de incentivar y dar cabida a la pluralidad

Actividad 8

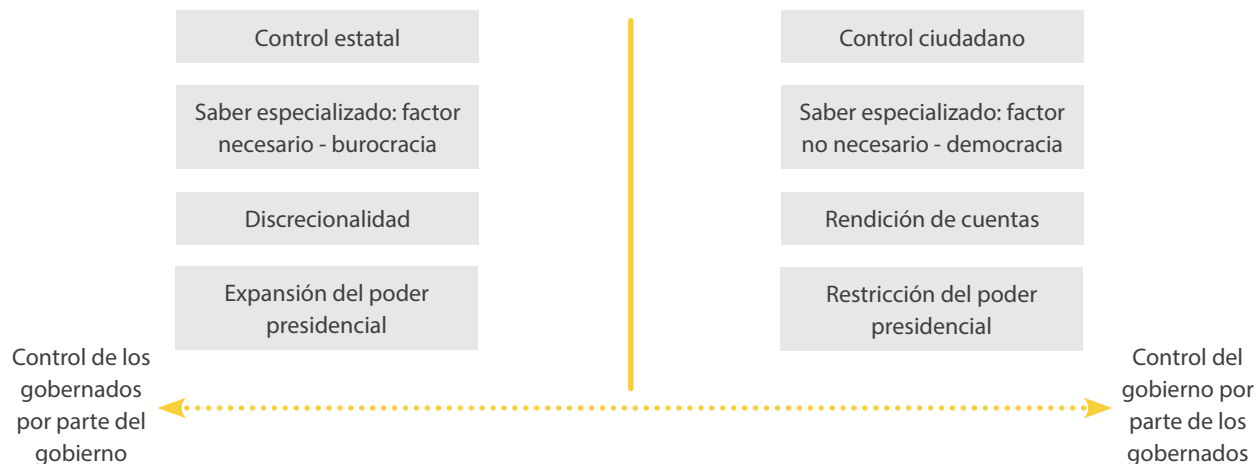
Para investigar

1. Averigüe cómo en Colombia los gobernados pueden ejercer control político sobre las decisiones que toman los gobernantes y que afectan a toda la ciudadanía.
2. Infórmese de un caso polémico en el cual se haya ejercido el debido control político y rendición de cuentas por este tipo de decisiones y de otro en el que usted considere que no se ejerció control político ni hubo rendición de cuentas y que por ello se causó un perjuicio a la ciudadanía.

vol. II (Bogotá: Cerec - Siglo XXI, 1987), 545. De este contexto proviene el adagio “la economía va bien, el país va mal”.

Modelo para armar 2

La democracia colombiana vista desde el poder burocrático



y diversidad de agendas, intereses y puntos de vista⁴⁵, se termina por privilegiar o por imponerse solo uno de ellos. En este sentido, para fortalecer la democracia, debe adelantarse una *restricción del poder presidencial*, que fue lo que intentó llevarse a cabo en Colombia con la adopción de la Constitución de 1991⁴⁶.

Las fichas sobre el poder ejecutivo pueden organizarse así: en un extremo está la noción de que los ciudadanos deben controlar al gobierno, que el control ciudadano no necesariamente requiere del saber especializado, que hace falta una estricta rendición de cuentas de los funcionarios públicos y que debe restringirse el poder presidencial. En el otro extremo está que el gobierno debe controlar a los gobernados a través del ejercicio del saber especializado en aparatos burocráticos con mucha discrecionalidad y amplios poderes presidenciales.

Para terminar, en relación con el poder judicial, quizás la tensión más importante consista en la *dificultad contramayoritaria* de la administración de justicia, clásicamente examinada en la década de 1960 por el constitucionalista

estadounidense Alexander Bickel⁴⁷. Para Bickel, el poder conferido a los jueces de oponerse con autoridad a los dictámenes de la mayoría –representada en la voluntad del Congreso– le resta fuerza a la capacidad de decisión de dicha mayoría democráticamente elegida, más aún cuando tales jueces, por regla general, no han sido elegidos de forma democrática. Es así como la controvertible fuerza contramayoritaria de la Rama Judicial se opone a la fuerza mayoritaria de las ramas políticas Legislativa y Ejecutiva, cuyos máximos funcionarios son elegidos de forma democrática. La manifestación extrema del argumento contramayoritario ha llevado a que, en coyunturas específicas, se hable de forma despectiva de “gobierno de los jueces”⁴⁸. Ahora bien, las mayorías democráticas pueden llegar a equivocarse y pueden excederse, al punto de convertirse en un poder opresivo: la tiranía de las mayorías. De este modo, *el predominio irrestricto de las mayorías también plantea una dificultad*⁴⁹.

47 Alexander Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics* (New Haven - Londres: Yale University Press, 1986), 16.

48 Ello se ha hecho con el trasfondo de una administración de justicia que, como la colombiana, ha padecido históricamente de problemas estructurales como la congestión, la morosidad, la impunidad y la aplicación discriminatoria y selectiva de justicia. Véase Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial de la República de Colombia. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia 2011*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2012.

49 Desde esta orilla de la discusión se ha precisado que, si bien los jueces carecen de legitimidad formal, por no ser formalmente

45 Exigencia democrática que se torna mucho más importante en un país multicultural como Colombia que “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Constitución Política de Colombia (art. 7).

46 Piénsese, por ejemplo, en la restricción que se hizo a los poderes ejecutivos de declarar el estado de sitio o a las casi ilimitadas facultades extraordinarias del Congreso al presidente, del viejo madeiramen constitucional de 1886. Para la nueva regulación al respecto, véase la Constitución Política de Colombia (arts. 150, num. 10, y 213).

Actividad 9

Para discutir

Con base en la lectura del capítulo, diga por qué tiene sentido considerar que en Colombia son los jueces, y no los gobernantes o los legisladores, quienes más acuden al trasfondo discursivo de los derechos de los individuos y los grupos frente al poder de las mayorías.

La debatible oposición entre los jueces y los funcionarios elegidos mediante voto popular puede ser una manifestación de otra problemática: “los derechos *versus* la utilidad”⁵⁰. A partir del filósofo del derecho estadounidense Ronald Dworkin, puede precisarse que, en general, *los argumentos sobre derechos priman ante los argumentos sobre utilidad* cuando se les confiere prioridad a argumentos de principios, esto es, al seguimiento de “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁵¹. En general, se presenta un *predominio de los argumentos utilitarios sobre los derechos* en cuanto prevalece una directriz política, es decir, cuando el argumento se basa en las consecuencias positivas para la situación económica, política o social de la comunidad⁵².

¿Qué equilibrio puede alcanzarse entre estos dos cánones de organización de las sociedades contemporáneas? Aun cuando parece no haber una respuesta concluyente sobre este punto crucial, lo que se puede señalar es que, en democracias constitucionales como la colombiana, son los *sujetos de la garantía jurisdiccional* –los jueces y,

elegidos de manera democrática, ostentan de todas maneras una “legitimidad sustancial”, al depositarse en ellos –en especial en el juez constitucional– la custodia del texto democrático máximo: la Constitución Política. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 2009), 855-868.

50 Dahl, *Los dilemas del pluralismo democrático*, 99. Este problema se remonta a las ideas de Jeremy Bentham, quien postuló el utilitarismo moderno, y de su seguidor más prominente, John Stuart Mill, quien, en este punto, matizó el pensamiento del primero para destacar el papel prioritario de las libertades o derechos individuales. Véanse: Bentham, *Los principios de la moral*, y Mill, *Sobre la libertad*.

51 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989), 72.

52 Dworkin, *Los derechos en serio*.

en particular, los tribunales constitucionales– los que una y otra vez acudirán al trasfondo discursivo de los derechos, mientras que los *sujetos de la política democrática* –el parlamento o Congreso, los gobiernos y los partidos políticos– reavivarán el tejido discursivo de la utilidad y el bienestar⁵³ de manera constante.

El último modelo para armar expone la democracia colombiana vista a la luz del poder de los jueces. En un extremo se encuentra la primacía del control popular de la agenda pública, lo cual genera la dificultad contramayoritaria para las decisiones judiciales, el predominio de los argumentos de utilidad pública sobre los derechos individuales y la primacía de los sujetos de la política democrática en la visión de lo que debe ser la rama judicial. En el otro extremo se encuentra el control judicial de la agenda pública, con unos jueces que se oponen al dominio de las mayorías cuando afecta los derechos de las minorías y para quienes los derechos predominan sobre los argumentos utilitarios. Aquí ellos son los protagonistas como sujetos de la garantía constitucional.

Consideraciones finales

En este capítulo se han construido varios cuadros que describen la composición y organización general del Estado colombiano y ciertas tensiones institucionales básicas que allí se presentan. Esto con el propósito de evitar una lectura tradicional e inadecuada del entorno jurídico

Actividad 10

Para investigar

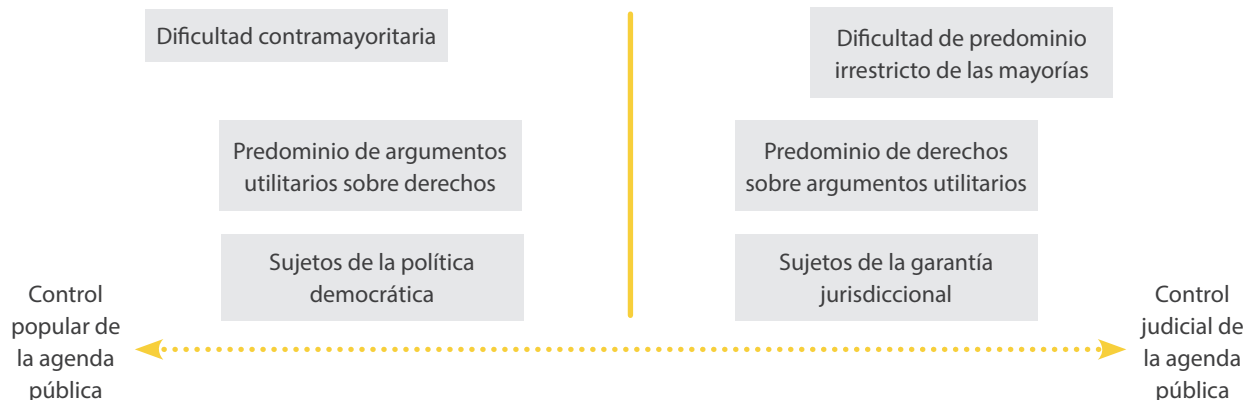
Averigüe cuál fue el porcentaje de abstención en las últimas elecciones presidenciales o parlamentarias. Con base en la lectura del capítulo, conteste:

1. ¿Por qué cree que en Colombia impera la pasividad ciudadana?
2. Busque un ejemplo de activismo ciudadano, descríballo y diga qué causa defiende. Relacione su respuesta con las posturas de la democracia liberal y de la radical.

53 Esta distinción la realiza Fioravanti, en *Constitución*, 164.

Modelo para armar 3

La democracia colombiana vista desde el poder de los jueces



colombiano, que representa la estructura estatal como un simple organigrama conceptual y abstracto, despojado de todo referente concreto del día a día que experimentan los particulares y las autoridades. El mandato de la construcción de un Estado Social de Derecho es muy claro en la Constitución Política de 1991 (art. 1). Una meta tan exigente no debería reducirse a aquellas ocasiones en las que se pregunta por el tipo de Estado que rige en Colombia o por el esquema que fija la estructura y la organización de sus instituciones. Debería ir mucho más allá: hasta la cotidianeidad de nuestros propios proyectos de vida, tanto individuales como colectivos. El Estado Social de Derecho, más que una cuestión institucional, es un asunto profundamente personal, ya que refleja la forma en que, como individuos y sociedad, concebimos la democracia y hacemos frente a varias de las tensiones descritas.

Actividad 11

Para investigar

Ubique en la forma que considere conveniente y adecuada las instituciones que componen los cuadros graficados, así como las fichas de análisis propuestas que integran los tres modelos para armar planteados o ¡construya sus propios cuadros, fichas y modelos para armar!

Glosario

Democracia. Forma de organización social en que las decisiones deben ser tomadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta.

Descentralización. Capacidad que tienen los entes territoriales y algunas actividades del Estado para administrar y gobernar autónomamente sus asuntos. Existen dos formas principales de descentralización: por territorio y por servicios. En la descentralización territorial, la República se divide en departamentos y municipios. En la descentralización por servicios, el Estado se desdobra en una inmensa cantidad de entes, empresas y sociedades, que son autónomos para cumplir sus propias funciones.

Pluralismo. Existencia de múltiples intereses, organizaciones, estructuras, valores y comportamientos, dentro de una sociedad.

Participación. Posibilidad de ser escuchado e incidir en la toma de decisiones.

Material de apoyo

Organigramas

- *Manual de estructura del Estado colombiano.* Departamento Administrativo de la Función Pública, República de Colombia. En línea: http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_1623.pdf
- *Organigrama del Estado colombiano.* Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes. En línea: <https://c-politica.uniandes.edu.co/oec/index.php?ac=re>

Literatura

- *El proceso* (Franz Kafka, Concepto, 1978). Josef K es arrestado una mañana por una razón que desconoce. Desde ese momento, el protagonista se adentra en una pesadilla para defenderse de algo que nunca se sabe qué es y con argumentos aun menos concretos, tan solo para encontrar, una y otra vez, que las más altas instancias a las que pretende acudir son cada vez más limitadas, en un clima de franca inaccesibilidad a las instituciones y a la ley.
- *Memorias de Adriano* (Marguerite Yourcenar, Edhasa, 2009). La narración, dirigida por el emperador Adriano a su sucesor Marco Aurelio, medita y reflexiona acerca de sus años de reinado, de sus triunfos militares, de la intimidad de la cosa pública y el eco insoslayable de lo privado, del amor, de la amistad, de la poesía, de la música, del arte, de los viajes, de la paz.

Referencias bibliográficas

- Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la Regeneración*. Bogotá: Uniandes, 2011.
- Bentham, Jeremy. *Los principios de la moral y la legislación*. Buenos Aires: Claridad, 2008 [1789].
- Bickel, Alexander. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven y Londres: Yale University Press, 1986 [1962].
- Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial de la República de Colombia. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia 2011*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2012.
- Dahl, Robert. *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*. México: Alianza, 1991 [1982].
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989 [1977].
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009 [1995].
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- Gargarella, Roberto. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa, 2008 [1690].
- Madison, James. “El federalista, LXIII”. En Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 [1787], 266-272.
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Edaf, 2004 [1859].
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2000 [1735].
- Pécaut, Daniel. *Orden y violencia: Colombia 1930-1954*. Vol. II. Bogotá: Cerec - Siglo XXI, 1987.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o Principios de derecho político*. Bogotá: Tecnos, 1987 [1762].
- Santos, Boaventura de Sousa. *Democratizing democracy. Beyond the liberal democratic canon*. Londres y Nueva York: Verso, 2007.
- Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Guadarrama, 1969 [1835-1840].
- Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. T. I. México: Fondo de Cultura Económica, 1997 [1922].
- Žižek, Slavoj. “From democracy to divine violence”. En Amy Allen (ed.), *Democracy in what state?* Nueva York: Columbia University Press, 2009, 100-120.

La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva

Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón

Jefe de Estado *suprema autoridad*
jefe de gobierno *administrativa*
ministros **alcaldes** descentralización
directores de departamento administrativo estados de excepción
centralismo
decretos legislativos *gobernadores*
justicia penal militar **decretos-leyes**



Objetivos de aprendizaje

- Conocer qué hace la Rama Ejecutiva del Estado a nivel nacional, departamental y municipal.
- Describir las principales funciones del jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, lo mismo que su forma de elección, para que los estudiantes comprendan las diferencias entre ellas.
- Comprender cuáles son las funciones ejecutivas del gobernador y de sus secretarios de despacho a nivel regional y local, las de las asambleas departamentales a nivel regional, y las del alcalde, sus secretarios y concejos municipales a nivel local.
- Debatir el poder del Ejecutivo en el sistema constitucional colombiano.



Guía de estudio

¿Qué tanto poder tiene el presidente?, ¿qué pueden y qué no pueden hacer los alcaldes y gobernadores?, ¿para qué sirven las asambleas departamentales y los concejos municipales? Este capítulo describe las competencias, la estructura y la forma de elección de la Rama Ejecutiva, haciendo énfasis en las funciones que tiene el presidente como jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa y jefe del Ejecutivo a nivel nacional. Así mismo, explica la potestad reglamentaria del Ejecutivo, mostrando cómo puede el presidente expedir normas con fuerza de ley, mediante los estados de excepción y las facultades extraordinarias que puede otorgarle el Congreso. También explica la existencia de la Rama Ejecutiva a nivel territorial y describe los distintos tipos de descentralización. Al final, expone brevemente las funciones del presidente como jefe de Estado y se centra en la elección y conformación de la rama, tanto en el ámbito nacional como en el regional y local.

Introducción

A menudo los textos sobre derecho constitucional describen la Rama Ejecutiva como la rama dominante del Estado, así como que el gobierno y el presidente son muy poderosos. Con ello hacen eco al imaginario colectivo según el cual el presidente puede meter a los delincuentes a la cárcel, hacer las leyes, recaudar los impuestos y decidir cómo y en qué se invierte el dinero del Estado. Además, se concibe al presidente como el funcionario más importante y el que más sueldo gana, seguido por el alcalde de Bogotá, cuya independencia del primero no siempre es clara. Es probable que usted también piense que el gobierno colombiano tiene el don de la ubicuidad: está en todas partes y en todo momento. ¿De dónde sale esta percepción?

Para entender esa idea de poder gubernamental es necesario comprender las opciones históricas que asumió Colombia como nación, al momento de determinar su actual forma de Estado y su tipo de gobierno. Colombia tiene una forma de Estado centralista y un sistema de gobierno presidencial. Estas características (centralista y presidencial) determinan grandemente el quehacer y la función que desempeña la Rama Ejecutiva dentro del Estado colombiano, a diferencia de los sistemas de gobierno que son federales y/o parlamentarios.

En cuanto república centralista, en Colombia el gobierno nacional es el único que existe y el que tiene el poder político de reglamentar las leyes, impartir justicia y dirigir la prestación de los servicios públicos a nivel nacional, incluyendo el mantenimiento del orden público. Las divisiones territoriales que hay, como municipios y departamentos, son divisiones administrativas. Estas son autónomas para prestar los servicios públicos en su territorio, incluyendo, por ejemplo, la construcción de infraestructura, el servicio de policía, los servicios domiciliarios, la salud y la educación. Sin embargo, no pueden reglamentar las leyes o dirigir las entidades territoriales en términos de modelo económico o estrategia para enfrentar a los actores armados, porque estas son decisiones del gobierno.

El gobierno es uno y centralizado a nivel nacional, por ello no existen legislaturas municipales o departamentales que puedan hacer leyes a esos niveles, como, por ejemplo, decidir que en su territorio se criminaliza o no algunas conductas en materia penal. Esto quiere decir que el gobierno de un país centralista tiene más poderes que el de un país federal, donde las unidades federales conservan muchas de estas funciones, incluyendo la capacidad de adoptar sus propias leyes.

En Colombia, en cuanto régimen presidencial, la Rama Ejecutiva a nivel nacional es independiente en su elección de la Rama Legislativa y toma sus decisiones con un mínimo de control de las demás ramas del Estado. Además, el presidente es el jefe de Estado, lo que quiere decir que representa a Colombia en el exterior. Esta característica lo hace aún más poderoso. En la siguiente sección explicaremos las funciones de la Rama Ejecutiva y la forma como el Estado Social de Derecho les da forma y dirección.

Actividad 1

Para investigar

Compare el sistema de gobierno presidencial y el parlamentario. Luego, responda.

- ¿Estaría de acuerdo con una reforma constitucional que instaure un sistema parlamentario en Colombia?, ¿por qué?

Recuadro 1

El sistema de gobierno parlamentario

Este es un tipo de gobierno que le da preponderancia al órgano legislativo. Por eso, el Parlamento (equivalente al Congreso en Colombia) es el órgano más importante de elección popular del país, lo que lo legitima para hacer las leyes y designar a la persona que gobierna el Estado, es decir, el primer ministro.

En países con un sistema de gobierno parlamentario, el ejecutivo está dividido en dos instituciones diferentes, con dos personas distintas representándolos. Hay un jefe de Estado que puede, por ejemplo, ser una reina –como en Inglaterra– y un jefe de gobierno o primer ministro que gobierna el país. El primer ministro es nombrado por el Parlamento con base en sus mayorías políticas. Esto implica que es responsable políticamente ante él, lo que significa que, si las mayorías dentro del Parlamento cambian, este puede destituir de su cargo al primer ministro y a su gabinete. Por su parte, el gobierno también puede disolver al Parlamento. Como vemos, son poderes que se pueden neutralizar de manera mutua, dejándoles a los electores la decisión final.

Colombia nunca ha tenido un sistema de gobierno parlamentario en su historia republicana, aunque una reforma constitucional podría instaurarlo.



Edificio de la Gobernación de Bolívar, Cartagena. 1970.

Fototeca Histórica de Cartagena.

Recuadro 2

Federalismo en Colombia

Después de la Independencia y durante el período conocido como Primera República, existieron varias constituciones en los diferentes territorios de lo que hoy es Colombia. Algunos querían que nuestro país fuera un Estado federal (como Estados Unidos) y otros que fuera un Estado centralizado (como Francia). Durante el siglo XIX hubo diversas guerras para instaurar uno de estos dos modelos, en las cuales los defensores del federalismo abogaban por la autonomía y la diferencia, y denunciaban el sometimiento a un centro que ignoraba el sentir de las diferentes regiones*. Durante largos períodos, Colombia fue un Estado federal, y las unidades territoriales federadas tenían sus propios gobiernos, leyes, modelos políticos e incluso ejércitos. A finales del siglo XIX se impuso el modelo centralista en la Constitución de 1886, modelo que no fue rechazado en sus diversas reformas ni tampoco en la Constitución de 1991.

Muchos países han adoptado un sistema federal. Este implica tener un ejercicio fraccionado del poder a través de los diferentes entes territoriales dentro de un mismo país. Así, cada ente territorial posee mayor autonomía jurídica, administrativa y presupuestal que los que tienen las regiones en los Estados centrales. Equivale casi a tener territorios autónomos frente a ciertas decisiones**, pero unidos en un mismo país. El territorio estatal es entonces una adición de varios espacios que juntos conforman una unidad y donde, a pesar de esta mayor autonomía, la soberanía sigue siendo única, ya que el máximo poder lo ejerce el Estado federal, que posee la representación internacional. Tienen también una única Constitución. Como lo dice el profesor Rodríguez, citando a Georges Burdeau: “el Estado federal es una asociación de Estados sometidos en parte a un poder único, y que, en parte, conservan su independencia”***.

* Alfonso Múnera Cavadia, *El fracaso de la Nación* (Bogotá: Banco de la República, 1998), 29-52.

** Este modelo permite, por ejemplo, que en los Estados Unidos el estado de Texas tenga la pena de muerte mientras que en California está prohibida.

*** Libardo Rodríguez, *Estructura del poder público en Colombia* (Bogotá: Temis, 1999), 6.

Actividad 2

Para investigar

1. ¿Cuáles eran los estados federados en Colombia?
2. ¿Qué razones daba el Partido Liberal para defender el federalismo y el Partido Conservador para defender el centralismo?

Actividad 3

Para reflexionar

Si usted hubiera vivido en el siglo XIX, ¿cree que habría sido federalista o centralista? ¿Por qué? Los argumentos se pueden presentar de forma narrativa o a través de una imagen elaborada.

Funciones de la Rama Ejecutiva

Para comprender lo que hace la Rama Ejecutiva empezaremos por presentar una panorámica de esta, luego describiremos las funciones del jefe de gobierno y explicaremos qué se entiende por gobierno y cuál es la estructura de los distintos regímenes o formas que adopta, tanto en derecho comparado como en nuestro país; enseguida, estudiaremos las funciones de la suprema autoridad administrativa, empezando por la definición de la administración pública, su estructura y sus diversas labores, mirando en concreto cómo está conformada en los ámbitos nacional, departamental y local. Ello nos permitirá comprender mejor qué quiere decir la Constitución con “suprema autoridad administrativa”. Al final, los lectores podrán adoptar una posición personal frente al poder y límites que tiene la Rama Ejecutiva a nivel nacional.

A nivel nacional, el tamaño y poder de la Rama Ejecutiva refleja el diseño institucional del país. Su función principal, como su nombre lo indica, es la *ejecución* de las leyes. Esta rama es la que reglamenta, pone en práctica e implementa las normas adoptadas por el Congreso de la República. Por ello es posible suponer que sea subsidiaria de la Legislativa, que es la que hace las leyes que ella ejecuta. Para cumplir la función de ejecutar las leyes, la Rama Ejecutiva realiza un sinnúmero de actividades

que implican el cumplimiento de una gran cantidad de tareas: desde conservar el orden público hasta nombrar numerosos funcionarios que ejecuten las normas en un aparato burocrático creciente. Cuando el presidente ejecuta la ley se hace efectiva la legislación. Lo hace emitiendo órdenes que tienen la forma de normas, llamadas actos administrativos, normas de menor jerarquía de la ley, pero de obligatorio cumplimiento. El presidente puede promulgarlos en cumplimiento de las funciones que le otorga la Constitución Política.

Dentro del sistema presidencial colombiano, la institución del presidente concentra las funciones de jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa y jefe de Estado. Sin embargo, al hacer la lista de esas funciones, la Constitución no discrimina entre una y otra. Esta le asigna unas a la calidad de jefe de gobierno, otras a la de suprema autoridad administrativa y otras a las de jefe de Estado. De manera general, en derecho se afirma que jefe de gobierno se refiere a la producción de lineamientos y políticas; suprema autoridad administrativa, al nombramiento y manejo de los funcionarios públicos de la Rama Ejecutiva, y jefe de Estado, a la representación de Colombia en el exterior. Así, puede decirse que como jefe de gobierno maneja, por ejemplo, la agenda económica, el orden público y el medio ambiente y que gobierna mediante sus ministros, que son sus principales agentes. Así mismo, dirige la Fuerza Pública y dispone de ella como comandante supremo de las Fuerzas Armadas. En cuanto suprema autoridad administrativa nombra numerosos funcionarios del Estado que lo ayudan en su labor de administrar el gobierno, como al director del Departamento Nacional de Planeación. Adicionalmente, en cuanto jefe de Estado le corresponden las relaciones internacionales y su manejo. La concentración de estas funciones, como veremos, le da gran poder e independencia en el diseño institucional¹.

La función de jefe de gobierno y la centralización del poder político

Para hablar de la función de jefe de gobierno, es necesario explorar qué queremos decir con gobierno. La definición misma de lo que es gobierno va variando según el tiempo y lugar donde se usa para hablar del poder político. En el Estado absoluto –modelo anterior a las revoluciones

¹ Constitución Política de Colombia (art. 188).

Recuadro 3

La Justicia Penal Militar y las competencias judiciales de la Rama Ejecutiva

La Rama Ejecutiva es también la encargada de garantizar el orden en el territorio nacional a través de la Fuerza Pública, compuesta por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Las Fuerzas Armadas incluyen la Armada, la Fuerza Aérea y el Ejército. En cuanto fuerzas públicas, se juzgan a sí mismas, es decir, tienen un derecho especial a ser juzgadas por jueces militares y no por la Rama Judicial. Este derecho lo regula la ley estatutaria del fuero penal militar que versa sobre el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Armadas y Policía Nacional), sobre cómo debe operar la Justicia Penal Militar en el país. Se han producido muchas críticas que dicen que esta justicia especial



no tiene verdadera independencia y que está compuesta por militares (agentes de la Rama Ejecutiva y no de la judicial) y que, por tanto, está totalmente influida por el estamento militar*. Otros defienden el fuero como una garantía para los militares que serán juzgados por personas conocedoras de sus circunstancias particulares y de lo que quiere decir hacer la guerra.

Sin embargo, la existencia de esta justicia presenta algunos problemas conceptuales. Es cierto que la administración pública implica un cierto control y sanción de los funcionarios, y que este control lo hacen funcionarios internos, que son parte de la Rama Ejecutiva, además de la Procuraduría y la Rama Judicial. Si bien la Procuraduría vigila a la Fuerza Pública en cuanto Rama Ejecutiva, en el caso de la Justicia

Penal Militar la Rama Judicial ya no es competente para juzgarlos, a menos que sea por acciones que no se deriven de su trabajo como agentes de la Fuerza Pública, como por ejemplo el hurto de dinero. El que haya unos agentes de la Rama Ejecutiva vedados al poder de la Rama Judicial, se dice, choca con la separación de poderes y los mutuos frenos y contrapesos.

No obstante, nuestro país nunca ha acatado de manera clara este último postulado, ya que la administración pública, desde que somos una república en 1821, siempre ha ejercido la competencia de impartir justicia. Por ejemplo, en el siglo XIX era totalmente aceptado que los alcaldes resolvieran los casos de un delito como el de la vagancia. Estos funcionarios dictaban sentencias, que son los actos típicos del poder judicial, por las que imponían destierros y condenas a los vagos. Hoy la situación no ha cambiado, porque parte de nuestra administración sigue dictando providencias, es decir, ejerciendo funciones judiciales. Tenemos el caso de las superintendencias, que emiten sentencias desde 1996 y resuelven conflictos entre particulares. Encontramos también a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que asumió funciones judiciales en reciente reforma al Código General del Proceso.

La Justicia Penal Militar no forma parte de la Rama Judicial, sino de la Rama Ejecutiva. Más concretamente, pertenece al Ministerio de Defensa, y tiene la calidad de ser una unidad administrativa especial, dotada de personalidad jurídica. Asimismo, tiene la naturaleza de ente descentralizado por servicios y es la encargada de juzgar a los miembros de la Fuerza Pública que cometan delitos en el cumplimiento de su tarea de conservar el orden y la seguridad pública. Está compuesta por jueces militares, que son disciplinados por la Rama Judicial y en concreto por la Sala Disciplinaria

* Periódico *Ámbito Jurídico*. 8/21-7-2013, 5 (Bogotá: Legis).

del Consejo Superior de la Judicatura. Pero estos jueces son militares y están sometidos a la disciplina propia de la milicia, donde prima la obediencia.

Se dispone una regla general de competencia para la Justicia Penal Militar, pues la nueva ley estatutaria ordena que esta jurisdicción conozca todas las infracciones al Derecho Internacional Humanitario de los miembros de la Fuerza Pública por actos del servicio, y que la justicia ordinaria solo tenga un conocimiento excepcional o taxativo de estas vulneraciones. Así las cosas, se tras-toca la facultad de conocimiento que debería tener la justicia ordinaria acerca de toda infracción, por regla general, y que la Penal Militar solo conociera frente a cualquier cosa de materias restringidas. De igual forma, se establece una presunción de relación con el servicio, en el sentido de que todas las actuaciones de la Fuerza Pública se presumen en relación con el servicio. Esto con el único propósito de limitar el conocimiento de los jueces ordinarios (que son competentes, solo con lo que NO tienen relación con el servicio).

liberales en Europa– el gobierno era la monarquía, que realizaba todas las tareas que implicaba ordenar una población en un territorio². Estos objetivos monárquicos de gobierno hacían parte de lo que se conocía como la “Ciencia de la Policía”, teoría político-administrativa de origen germano que asemejaba los conceptos de gobierno y administración, y que se desarrolló fundamentalmente durante el absolutismo. Todas las tareas estatales, sin distinción de ninguna clase, eran realizadas por el monarca, quien se ocupaba, por ejemplo, de la educación, la salud, la economía, el orden público, la justicia, el gobierno, las obras públicas, la inmigración, la emigración, la religión, etc. La forma de hacerlo estaba descrita por la Ciencia de la Policía.

Con el advenimiento de las revoluciones liberales en el siglo XVIII y XIX se instauró la división de poderes del Estado en tres ramas del poder: Legislativa, Ejecutiva y Judicial. Desapareció la teoría de la Ciencia de la Policía, quedando la Policía con la sola función de preservar el orden público interno. La Rama Ejecutiva quedó con la competencia de desarrollar o ejecutar la ley, elaborada por la Rama Legislativa y aplicada en caso de controversias por la Rama Judicial.

Actividad 4

Para discutir

La Justicia Penal Militar

En octubre del año 2013, el adolescente Pedro Pérez, residente en Soacha, recibió una oferta de trabajo como albañil en la ciudad de Pereira. Se trasladó a dicho municipio para hacer su entrevista de trabajo y desapareció. Su familia puso la denuncia penal y en diciembre del mismo año apareció muerto en la zona de Timbío, Cauca. En un principio se afirmó que el señor Pérez había fallecido en un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y las FARC, porque era un guerrillero. Sin embargo, luego un soldado denunció que el asesinato de Pedro Pérez había sido realizado por unos compañeros que lo habían hecho pasar como muerto en un enfrentamiento para reclamar una recompensa que se ofrecía por las bajas en combate.

1. ¿El ente competente para investigar esta situación es la Justicia Penal Militar o la ordinaria?
2. ¿Lo sucedido puede considerarse un acto del servicio?
3. ¿Por qué este caso se presenta en un texto correspondiente a la Rama Ejecutiva y no en el correspondiente a la Rama Judicial?

² Miguel Malagón Pinzón, *Vivir en Policía* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 147-174.

Las funciones de la Rama Ejecutiva unieron varias áreas de competencia de los monarcas absolutos: dirigir los aspectos centrales del Estado, mantener el orden y asegurarse de que se cumpla la ley, así como proveer bienes y servicios a la población que gobierna. Estas funciones se agruparon en dos áreas: las funciones de gobierno, por una parte, y las de administración pública, por la otra. Desde entonces se entiende por gobierno aquella parte de la Rama Ejecutiva que tiene una naturaleza política, basada en la confianza que le dan sus electores para que ordene la población y el territorio y, en general, dirija aspectos centrales del Estado, sea garante de la paz y asegure el cumplimiento de la ley por parte de la población. La administración pública, por otra parte, también formaba y forma parte de la mencionada Rama Ejecutiva, pero con funciones de provisión de servicios públicos. A diferencia del gobierno, la administración pública no se funda en la confianza ciudadana expresada a través del voto, sino en el dominio de técnicas especializadas, y en el mérito. Por ello se dice a menudo que mientras que el gobierno es político, la administración pública es técnica.

La diferencia entre gobierno y administración es especialmente importante cuando se trata de poner frenos y contrapesos al poder del Estado, motivo por el cual el poder del monarca se dividió en tres ramas. En el derecho europeo surgió entonces un gran interés por controlar al gobierno, pues se pensaba que los actos que este profería, los actos de gobierno³, no eran susceptibles de control por otras ramas del poder, en particular por los jueces. Es decir, se pensaba que el gobierno podría hacer lo que quisiera, lo cual generaba preocupación. Como ejemplo de este poder están los estados de excepción, que son declaraciones del Ejecutivo que le permiten al gobierno producir y suspender todas las leyes. Dicha preocupación no se extendió a la administración pública, pues desde fines del siglo XIX esta está controlada por los jueces administrativos o contencioso-administrativos, que resuelven conflictos con la administración pública.

Posteriormente, con la aparición del Estado Social de Derecho, en 1991 se produjo un cambio muy sensible en

las competencias del Ejecutivo. Un Estado social hace énfasis en la garantía de un bienestar, por lo menos, mínimo, si bien hay discusiones acerca de lo que se entiende como lo mínimo. Para poder garantizarlo, no obstante, debe haber un Estado que intervenga en la economía para proteger los derechos y para proveer los servicios sociales necesarios. Ello por fuerza aumenta el tamaño y costo de la administración pública y de un ordenamiento por medio de reglas. Así mismo, surge la necesidad de organizar a los actores privados para permitir el manejo intervencionista de la economía.

Al cambiar el tipo de Estado a un modelo más intervencionista con el Estado Social de Derecho, la Constitución asignó a la Rama Ejecutiva unas funciones concretas para producir las normas que le permiten funcionar, como las de la legislación delegada y la potestad reglamentaria. Es decir, ella adquiere mayor poder para crear y reglamentar normas generales que intervienen en la economía. Igualmente, su estructura y sus objetivos se ampliaron otorgándole más poder para expedir normas y tomar decisiones con gran libertad. Esto generó un mayor control judicial a los actos de gobierno, lo que permite mantener el balance de poder entre las tres ramas. Así, los jueces empezaron a revisar la constitucionalidad de muchos actos de gobierno, tales como las órdenes que se daban para conjurar las crisis en los estados de excepción, la expedición de normas delegadas por el legislativo, la firma de tratados con otras naciones, etc. El control judicial sobre la administración también se intensificó con el fin de proteger a los ciudadanos de todas las conductas administrativas, tanto positivas como negativas, respondiendo el Estado por acciones y omisiones, como, por ejemplo, la mala prestación de un servicio público o la falta de protección a una persona amenazada.

La Constitución hace una lista detallada de las actividades que tiene el Ejecutivo como jefe de gobierno, jefe de estado y suprema autoridad administrativa. Sin embargo, no distingue unas de otras, y el artículo 189 se limita a hacer un extenso listado de funciones cumplidas en cuanto “jefe de gobierno, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa”. No obstante, en derecho los especialistas han hecho una distinción conceptual de las tres funciones que resultan en responsabilidades distintas. A continuación las explicamos.

3 Aquí nos referimos a aquellas actuaciones del gobierno que, copiadas del derecho francés, escaparon al control de los jueces. Ellas se referían a las relaciones exteriores del Estado y sus actos, como en los tratados, y a las relaciones del ejecutivo con el legislativo, como en los proyectos de ley y los estados de excepción.

Las actividades que el presidente debe realizar como jefe de gobierno son múltiples. Estas corresponden al poder político que tiene para ordenar la sociedad. En cuanto jefe de gobierno debe conducir políticamente al país aplicando su programa gubernamental, nombrando a los ministros para las diversas ramas y temas, promulgando las normas que le corresponda. Adicionalmente, es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas. Debe conservar el orden público tanto en el ámbito nacional como internacional y restablecerlo cuando fuere turbado⁴. Estas acciones las realiza expidiendo órdenes: estas mueven el aparato del Estado para cumplir las funciones mencionadas. Dichas órdenes pueden ser reglamentaciones de las leyes que expide el legislativo, disposiciones para circunstancias de crisis o de excepción, o leyes especiales que adopta por expresa delegación del legislativo. Todas ellas se emiten a través de normas que analizaremos a continuación.

La potestad reglamentaria del presidente de la república

Como jefe de gobierno, el presidente debe reglamentar las leyes. Es decir, adoptar decretos a través de los cuales las desarrolla y aplica, para lograr así su uso en concreto. Esta potestad se llama reglamentaria. Además, en algunas situaciones excepcionales puede expedir lo que se llaman normas con fuerza de ley; es decir, que por delegación del Congreso o de la misma Constitución puede legislar. Estas situaciones excepcionales son: los estados de excepción y la delegación expresa por parte del Congreso de lo que se denomina facultades extraordinarias.

De forma ordinaria, la potestad reglamentaria se ejerce a través de normas que se llaman “actos administrativos de carácter general”. Estas desarrollan las leyes para completarlas. La legislación que elabora el poder legislativo deja espacios que llena el ejecutivo. Por ejemplo, detalles sobre procedimientos y presupuesto. El presidente expide unos actos administrativos generales especiales que se llaman reglamentos, que deben suplir esos espacios, pero que bajo ninguna circunstancia pueden reemplazar a la ley. Estos reglamentos tienen diversos nombres, como decretos, circulares, resoluciones, etc.

Los reglamentos, en la escala normativa, están por debajo de la ley. En Colombia son una fuente muy importante de creación de derecho. Por medio de ellos el ejecutivo completa materias sobre temas de salud, educación, contratación estatal, aborto, entre otras. Sin reglamentos, las leyes en general no se pueden implementar, pues son estos los que establecen responsabilidades institucionales específicas, procedimientos y tiempos, y presupuestos.

No solo el presidente puede expedir reglamentos, también lo pueden hacer los ministros, los jefes de departamento administrativo y las autoridades territoriales. Existe una jerarquía entre los reglamentos: los más importantes son los que expide el presidente, luego siguen los de los ministros y los jefes de los departamentos administrativos, enseguida los de las autoridades territoriales, como gobernadores y alcaldes. Estos deben gobernar y administrar de la mejor manera sus propios territorios.

Los estados de excepción

Los estados de excepción contemplados en la Constitución son el resultado de circunstancias extremas que obligan al Estado a responder de manera rápida y contundente a agresiones o acontecimientos que son urgentes e inmediatos y que requieren que se tomen medidas excepcionales. Estos son tres: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica y social. Solo en estas circunstancias y para enfrentar el acontecimiento, puede el presidente de la república promulgar otras normas con fuerza de ley, que se denominan decretos legislativos. Cuando se trata de hechos no extraordinarios ocurridos en tiempo normal, se recurre al Código de Policía.

Los estados de excepción son declarados por el presidente con la firma de todos sus ministros. Mientras estén vigentes, no se interrumpirá el funcionamiento de las otras ramas del poder público y cuando concluya la emergencia se volverá al funcionamiento normal del Estado. Mientras dure dicho estado no se podrá suspender la protección de los derechos humanos, las libertades públicas ni las reglas del derecho internacional humanitario⁵. Adicionalmente, el gobierno deberá poner en conocimiento de la Corte Constitucional los decretos

4 Constitución Política de Colombia (art. 189, nums. 3 y 4).

5 Constitución Política de Colombia (art. 214).



Presidencia de la República.

legislativos que dicte en uso de sus facultades. Si no lo hiciera, la Corte los podrá revisar de manera independiente.

Es importante mencionar que el presidente debe informar al Congreso de la declaratoria del estado de excepción⁶ y que este tiene límites temporales y materiales en relación directa con los motivos que causaron el estado de excepción, y las acciones necesarias para conjurar el peligro. Cuando termina, se le suspenden las facultades legislativas al ejecutivo y, así mismo, el contenido de los decretos legislativos solo seguirá para conjurar la crisis. Durante la vigencia de la Constitución de 1886 se abusó de la figura, en cuanto al tiempo y al contenido sobre el que el presidente podía legislar. Por ejemplo, en 1985, durante el estado de emergencia económica y social resultado de la tragedia de Armero por la erupción del Nevado del Ruiz, se reformó el Código del Comercio, materia que no tenía nada que ver con el siniestro.

El artículo 212 de la Constitución define el estado de excepción motivado por una guerra exterior como aquel en el cual el gobierno podrá tener las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía nacional, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad. Este estado de excepción solo empezará a regir una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra.

Por su parte, el artículo 213 de la Constitución contempla el estado de conmoción interior, el cual se declara en caso grave de perturbación del orden público que pueda atentar contra la estabilidad nacional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Este busca restablecer el orden público interno y solo se usará si dicha crisis no puede ser controlada mediante el uso de las medidas

normales u ordinarias de las autoridades de policía. Dicho estado podrá ser declarado por el presidente en toda la república o en parte de ella, por un término no mayor de noventa días. Este se puede ampliar hasta por dos períodos iguales; el segundo requiere concepto previo y favorable del Senado.

El último estado de excepción posible es la emergencia económica o social que nace de la necesidad de corregir circunstancias que perturben o amenacen en forma grave e inminente el orden económico, social y/o ecológico del país. El artículo 215 la Constitución prevé que este tipo de estado de excepción podrá estar vigente hasta por períodos de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder los noventa días en el año calendario. De esta manera, el gobierno puede hacer frente a cualquier tipo de calamidad pública grave, como pasó a raíz del terremoto del Eje Cafetero.

Actividad 5

Para reflexionar

Explique si la fuga de la cárcel de La Catedral por Pablo Escobar mereció la declaratoria de un estado de excepción.

Las facultades extraordinarias

El Congreso también podrá, bajo su criterio, conceder facultades extraordinarias al presidente hasta por seis meses para expedir normas con fuerza de ley. Las normas expedidas gracias a estas facultades se llaman decretos leyes y no deben confundirse con los decretos legislativos antes mencionados. Aunque los nombres son parecidos, son diferentes. Los decretos legislativos son los que expide el presidente con fuerza de ley para conjurar un estado de excepción y los decretos leyes los expide en desarrollo de las facultades extraordinarias que le concede el Congreso. Los decretos leyes generalmente se utilizan para reformar la administración pública. Por ejemplo, en el 2010 se le concedieron dichas facultades al presidente Juan Manuel Santos para reformar la administración pública, por las que creó los ministerios de trabajo, salud y justicia.

6 Constitución Política de Colombia (art. 215).

La función como suprema autoridad administrativa y la descentralización

Como suprema autoridad administrativa el presidente y su equipo tienen la posibilidad de realizar actos encaminados a lograr una adecuada realización de sus fines. Es decir, utilizar los bienes, recursos, medios y agentes necesarios para que los ciudadanos cumplan la ley, responder por la implementación de los servicios públicos, nombrar el personal necesario, planificar la economía y el desarrollo, hacer el presupuesto nacional aprobado por el Congreso, recaudar los impuestos, regular y vigilar los agentes privados que presten servicios públicos, como la educación, el transporte y la salud, etc. Todos estos temas son susceptibles de reglamentación, y el presidente los reglamenta como jefe de gobierno. En cambio, como suprema autoridad administrativa, aplica estos reglamentos de manera técnica. A nivel departamental y municipal sucede lo mismo.

Si la administración es la parte técnica de la Rama Ejecutiva, en ella debe reinar en principio el mérito y no la política. Esto significa que los servidores que trabajan en la administración llegan ahí, por regla general, porque se han ganado el puesto a partir de sus méritos. Por ello, buena parte de la administración pública se conforma a través de un proceso de méritos conocido como “carrera administrativa”, independiente de los gobiernos de turno, para que sean los mejores los que trabajen en esta parte de la rama. A diferencia de la función de gobierno, la administración pública que hace la Rama Ejecutiva está descentralizada. Ello quiere decir que no reside en un poder central, sino que las entidades que ejercen el poder descentralizado lo hacen de manera independiente, con su propio presupuesto y responsabilidad. Las entidades descentralizadas operan dentro del marco general de las normas y lineamientos del Ejecutivo en cuanto jefe de gobierno, pero las aplican de acuerdo con su criterio como entidades descentralizadas. Un ejemplo es la educación, donde el Ministerio de Educación da unos lineamientos nacionales que son aplicados por los municipios y los departamentos, encargados de proveerla directamente. La descentralización se puede dar de tres formas: territorial, por servicios y por colaboración. A continuación se describe cada una.

La descentralización territorial

En la descentralización territorial se les otorgan funciones administrativas a las distintas colectividades territoriales para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su responsabilidad. El eje de esta recae en las entidades territoriales, conformadas por personas jurídicas de derecho público que tienen competencias propias, se gobiernan por sus autoridades que son elegidas por voto popular, manejan sus recursos y participan de las rentas nacionales. Estas entidades territoriales son los departamentos, los municipios y los distritos, que veremos con más detalle en la sección que describe la estructura de la Rama Ejecutiva. La Constitución también prevé la posibilidad de crear otras entidades territoriales, como las regiones, las provincias y los entes territoriales indígenas, las cuales no han sido desarrolladas, a pesar de que se expidió la ley orgánica de ordenamiento territorial, que inexplicablemente no las reglamentó.

Descentralización por servicios

La descentralización por servicios se da cuando unos entes especializados que prestan servicios técnicos tienen



Carolina Ortiz Fonseca.

funciones administrativas que ejercen en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Consta de dos niveles: el adscrito y el vinculado. El *nivel adscrito* es, en primer lugar, donde el centro tiene una mayor injerencia, a pesar de que hablamos de que los sujetos que lo integran son descentralizados. En este encontramos las superintendencias con personalidad jurídica (como la financiera), las unidades administrativas especiales con personalidad jurídica (como la Justicia Penal Miliar), los establecimientos públicos (por ejemplo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF), las empresas sociales del Estado (que son los hospitales públicos, como el Luis Carlos Galán Sarmiento, en Bogotá).

El *nivel vinculado* tiene mayor autonomía frente al centro. Está integrado por las empresas industriales y comerciales del Estado (como Satena), las sociedades de economía mixta donde siempre hay lucro (como Ecopetrol), las sociedades públicas (como Radio Televisión de Colombia), las asociaciones de entes públicos (como la asociación de municipios) y las asociaciones de participación mixta donde no hay lucro (como el teatro Julio Mario Santo Domingo).

La descentralización por colaboración

La descentralización por colaboración se da cuando los particulares desempeñan funciones administrativas. Desde los inicios del Estado moderno los particulares han colaborado desempeñando funciones estatales. En muchos casos actúan como relevos del Estado. Ejemplo de esto es el cobro de impuestos o peajes, recaudados por entes privados en determinadas épocas. Colombia no es ajena a este fenómeno y desde hace mucho los particulares también desarrollan competencias administrativas. Prueba de ello son las Cámaras de Comercio, que llevan el registro único de proponentes, algo así como la hoja de vida de las personas que quieren contratar con el Estado. Otro ejemplo es la Federación de Cafeteros, que algunas veces ha cobrado el impuesto del café o ha ayudado a controlar el contrabando del mismo. También encontramos a las federaciones deportivas que disciplinan a los deportistas en el desarrollo de su actividad profesional; el Tribunal Nacional de Ética Médica, que regula a los médicos; las veedurías ciudadanas, entes privados que fiscalizan la gestión pública, como Congreso Visible.

Desconcentración

La desconcentración es la alternativa administrativa a la descentralización. En la desconcentración las funciones del poder central son delegadas a otra unidad que puede estar en otra parte del país (desconcentración territorial) o ser una unidad especializada (desconcentración funcional.) A diferencia de la descentralización, estas funciones no le corresponden a esta unidad que las recibe por la ley que crea la unidad, sino que le son delegadas por voluntad del ente central que las delega, ante el cual son responsables, y que vigila su cumplimiento. Un ejemplo es el ICBF, que tiene unidades en todo el territorio nacional que no son descentralizadas, es decir, que no tienen autonomía, sino que desempeñan unas funciones que le delega y vigila el ICBF nacional. Por ejemplo, la regional Quindío ejecuta los lineamientos que se ordenan desde la regional de Bogotá.

El presidente como jefe de Estado y las relaciones internacionales

Las tareas que el Ejecutivo desempeña como jefe de Estado son trascendentales porque el presidente es el



El rey Felipe VI de España y el presidente Juan Manuel Santos (2010-2014 y 2014-2018).

Presidencia de la República.

símbolo de la unidad nacional y como tal cumple la función de manejar las relaciones internacionales. El presidente y el gobierno son los responsables de guiar la política exterior. Esta tarea la lidera el ministro de relaciones exteriores o canciller, bajo las instrucciones del presidente, en conjunto con los funcionarios diplomáticos. Las decisiones que se toman en ese campo comprometen la responsabilidad del Estado colombiano.

Cada presidente de turno puede darles un énfasis diferente a las relaciones que desea mantener con otros países. Así, por ejemplo, durante los gobiernos del ex-presidente Uribe (2002-2006 y 2006-2010) las relaciones con el gobierno venezolano fueron tensas debido a sus diferencias sobre el manejo de cada Estado, mientras que en el gobierno de Santos (2010-2014) estas se recompu-sieron y se volvieron una prioridad. Esto muestra el gran poder presidencial, ya que las relaciones internacionales dependen del ejecutivo, sin tener mucho en cuenta las otras ramas del poder público.

No olvidemos que el presidente es quien nombra a los embajadores y a los principales funcionarios en el exterior, como son los ministros, consejeros y cónsules. Aunque existe la carrera diplomática –la posibilidad de estudiar en la Cancillería para ocupar dichos cargos–, muchos de los más importantes embajadores son cuotas políticas del presidente. Es una forma de agradecer o mantener alianzas y coaliciones importantes que favorecen la gobernabilidad del presidente.

Elección y estructura de la Rama Ejecutiva

El protagonismo de la Rama Ejecutiva en la conciencia nacional también está vinculado a la periódica elección

de presidente, alcaldes y concejos municipales, gobernadores y asambleas departamentales. La legitimidad de la Rama Ejecutiva también se expresa en la elección popular. En nuestro país, el presidente de la república es elegido por un período de cuatro años, con la posibilidad de ser reelegido una sola vez. Esta es una novedad con relación a lo estipulado originalmente en la Constitución de 1991 que prohibía la reelección. Sin embargo, por intermedio de un acto legislativo se reformó la Constitución en ese sentido y el presidente Uribe fue reelegido para el período presidencial de 2006-2010.

Si el presidente es escogido en la primera vuelta con la mitad más uno de los votos presentes en la elección, se considera elegido. Si no, será necesaria una segunda vuelta en la cual participarán los dos candidatos que hayan obtenido la mayor votación en la contienda electoral. Por su parte, el vicepresidente de la república es elegido popularmente junto con el presidente, quien escogerá a todos sus ministros y jefes de departamento administrativo. Estos son funcionarios de libre nombramiento y remoción⁷, es decir, empleados de la entera confianza del ejecutivo.

Actividad 7

Para reflexionar

La reelección y el diseño institucional

Varios funcionarios públicos son nombrados directamente por el presidente o de ternas escogidas por él. Incluso funcionarios que controlan el funcionamiento de la Rama Ejecutiva, como la Procuraduría, o que tienen mucho poder, como la Fiscalía. También nombra a la Junta Directiva del Banco de la República, que asume la política monetaria. Todos estos nombramientos fueron estipulados por la Constitución de 1991 y se hacían al final del cuatrienio, de manera que cada presidente gobernaba con los elegidos por el gobierno anterior. Este sistema se alteró con la reelección. ¿Cree que el cambio tiene consecuencias negativas o no? De ser así, ¿cuál solución propone?

Actividad 6

Para discutir

A menudo se ha dicho que la Rama Ejecutiva en Colombia, en particular, el presidente de la república, concentra demasiado poder y tiene pocos controles. Examine los argumentos a favor y en contra de esta afirmación, escoja una posición que le convenza y arguméntela teniendo en cuenta los contraargumentos que le puedan hacer para refutarlos.

⁷ Esto significa que pueden ser removidos del cargo por el presidente en cualquier momento y sin mediar indemnización alguna. No sucede lo mismo con los empleados públicos que pertenezcan a la carrera administrativa.

Rama Ejecutiva en el nivel nacional

La estructura de la administración colombiana nos muestra en primer lugar el nivel central de la Rama Ejecutiva, que está integrado por el presidente de la república, el vicepresidente, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos, los consejos superiores de la administración, las superintendencias y las unidades administrativas especiales. Las funciones del presidente ya las hemos visto: ser jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa y jefe de Estado. Por su parte, el vicepresidente tiene como función principal reemplazar al presidente de la república en sus faltas temporales o absolutas, es decir, si algo le ocurriera al presidente de la república, el vicepresidente entrará a ejercer el cargo de presidente. Se elige el mismo día que el presidente de la república y su período es el mismo que el de él. Adicionalmente, como también lo estipula el artículo 202 de la Constitución, el presidente podrá confiarle al vicepresidente misiones o encargos especiales o designarlo en cualquier cargo de la Rama Ejecutiva.

Los ministros, por su parte, son agentes del presidente. Son funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, que el presidente los puede reemplazar en cualquier momento. Tienen una representación política importante y el presidente los nombra según sus necesidades políticas. Por ejemplo, si el presidente necesita el apoyo de otro partido político distinto al que lo eligió, probablemente nombrará varios ministros pertenecientes a ese partido. Existen varios ministerios, como el de Hacienda, Medio Ambiente y Justicia. La función de los ministros es velar por que la gestión de la materia a su cargo, que en principio debe ejercerla el presidente como jefe de gobierno, se realice de la mejor manera posible.

Los departamentos administrativos son dirigidos por agentes del presidente, como los ministerios, pero tienen un componente más técnico y menos político. Esto quiere decir que entran al gabinete no tanto por su filiación política como por su desempeño técnico. Por ejemplo, el Departamento Nacional de Planeación (DNP), que junto al ministerio de Hacienda fija las principales políticas económicas del país. Además, existen los consejos superiores de administración, que en algunos casos son los encargados de definir parte de las políticas públicas concernientes a sus temas, lo mismo que coordinar y dirigir

la acción gubernamental. Pueden ser también asesores del presidente de la república o del gobierno nacional en temas específicos. Algunos ejemplos son el Consejo de Ministros, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, el Consejo Superior de Comercio Exterior y el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional.

Por su parte, las superintendencias tienen funciones de vigilancia y control de actividades estatales ejercidas por agentes privados. También pueden investigar irregularidades, emitir decisiones que imponen multas, intervenir entidades y revocar licencias de funcionamiento. Algunos ejemplos son la Superintendencia de Notariado y Registro, la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Economía Solidaria, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la Superintendencia Nacional de Salud y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En este sector ninguno de los entes que lo compone (salvo algunas superintendencias) tiene personería jurídica: todos actúan a nombre de la persona jurídica denominada la nación. Esto es importante, porque cuando estas instituciones le causan algún daño a cualquier persona, quien debe pagar por ese perjuicio no es el ente que lo causó, sino la nación. Es decir, a quien se demanda es al Estado, y se entiende que la cabeza de estos órganos es en últimas el presidente.

Sin embargo, es importante decir que la distinción entre gobierno y administración no es clara. Como vimos, la Constitución misma no hace la diferencia. Debemos agregar que, a pesar del esfuerzo realizado por distinguir las distintas funciones de la Rama Ejecutiva en general y del presidente en particular, persisten todavía espacios de confusión con la definición constitucional de gobierno, ya que la cabeza de los dos niveles (gobierno y

Actividad 8

Para investigar

¿Cuál es la naturaleza de las decisiones de las superintendencias?, ¿son judiciales o administrativas?, ¿qué consecuencias acarrearán?, ¿usted se podría quejar ante alguna superintendencia?, ¿cómo y por qué?

administración) siempre es la misma (presidente, ministros, directores de departamento administrativo), lo que nos demuestra que en nuestro país las dos funciones (de gobierno y administración) se confunden.

Rama Ejecutiva en el nivel departamental

No debemos olvidar que la Rama Ejecutiva está descentralizada a nivel territorial en departamentos y municipios. A nivel intermedio, entre el centro y los entes locales (municipios) encontramos los departamentos. En ellos, la cabeza del ejecutivo está integrada por el gobernador y los secretarios del despacho. Estos funcionarios son los encargados y responsables de la dirección y manejo de todo el ente territorial, por medio de la formulación e implementación de las políticas públicas que consideren prioritarias para sus regiones. Así mismo, estas divisiones territoriales tienen la función de coordinar los municipios para lograr un desarrollo armónico.

A nivel departamental también existe la figura de la asamblea departamental, que es parte de la Rama Ejecutiva y tiene funciones administrativas. Esta institución es colegiada y de elección popular. Coadministra el departamento con el gobernador. La asamblea es independiente de este y ejerce control político sobre él y sobre sus secretarios. Es una figura compleja porque, aunque se piense que se parece a la Rama Legislativa local, por efectos del centralismo corresponde a la Rama Ejecutiva del poder público departamental y posee funciones administrativas y no legislativas. Además, expide normas jurídicas (ordenanzas) que son actos administrativos de carácter general.

Rama Ejecutiva en el nivel municipal

En el ámbito municipal, o sea, en las ciudades, el esquema se replica: un alcalde cabeza del ejecutivo, con sus secretarios de despacho y un Concejo colegiado de elección popular que coadministra la ciudad, ejerce control político y expide actos administrativos generales llamados acuerdos. Cuando la ciudad está dividida en localidades, como Bogotá, en cada localidad el alcalde nombra un alcalde local que, junto con una Junta Administradora Local, ejerce funciones de administración local. La Junta Administradora Local está compuesta por ediles de elección popular. Los períodos de los gobernadores, alcaldes, concejales y ediles son de cuatro años, sin reelección inmediata.

Otra de las entidades territoriales de la que debemos hablar son los distritos. Estos son municipios que reciben más ingresos provenientes de las rentas públicas y tienen las mismas autoridades que los organismos del nivel local. Es decir, poseen un ejecutivo compuesto por el alcalde, sus secretarios y un concejo distrital. En nuestro país solo hay cinco distritos: Bogotá, Barranquilla, Santa Marta, Cartagena y Buenaventura.

El sector central o nacional de la Rama Ejecutiva ejerce un control sobre el sector descentralizado territorial, llamado control de tutela. Su propósito es fiscalizar las actuaciones de las entidades territoriales y procurar una armonización con las políticas públicas que haya tomado la cabeza de la administración⁸.

Recuadro 4 Los consejos comunitarios y el poder del presidente

El estilo de gobierno del presidente Uribe (primer y segundo período) reforzó la imagen del poder del Ejecutivo a nivel nacional y en particular del presidente. Un ejemplo de ello fueron los consejos comunitarios, reuniones realizadas los fines de semana en las que el gobierno nacional, liderado por el presidente, iba a las regiones a escuchar las demandas de las personas. El presidente les pedía a los funcionarios presentes que respondieran a los reclamos, mostrando un poder personal que se veía como superior al de las autoridades locales, que muchas veces eran por ley las responsables de resolver los problemas presentados en los consejos comunitarios*.

* Cristina de la Torre, *Álvaro Uribe o el Neopopulismo en Colombia* (Medellín: La Carreta, 2005), 59-69.

Consideraciones finales

Hemos visto en este escrito cómo está compuesta la Rama Ejecutiva y cuáles son sus funciones y su forma de elección. También hemos visto qué puede y qué no puede hacer el presidente, qué entidades son parte del

8 Álvaro Tafur Galvis, *Las entidades descentralizadas* (Bogotá: Temis, 1977), 225.

gobierno nacional y cuál su relación con los funcionarios de elección popular a nivel territorial. En este momento el lector puede formarse su propia idea sobre la percepción popular del enorme poder de la Rama Ejecutiva a nivel nacional.

Sin duda podría llegarse a pensar que el Ejecutivo es el poder más amplio del Estado colombiano, pero algunos autores dudan de ello y aducen que no tiene una efectividad real frente al Congreso⁹, diciendo que el legislativo entorpece, cuando así lo quiere, las reformas planteadas desde el Ejecutivo. Como ejemplos citan las fallidas enmiendas constitucionales antes de la de 1991. Esta fue posible gracias a que se hizo a través de una Asamblea Nacional Constituyente y no por medio del parlamento. Algunos incluso pensarían que el Estado ganaría en eficiencia y eficacia si pudiera desprenderse de los controles y, en ciertas circunstancias, de las “trabas” que generan las otras ramas del poder público. Esperamos que el lector pueda llegar a sus propias conclusiones al respecto.

Actividad 9

Para discutir

Considere los argumentos a favor y en contra de los consejos comunitarios (véase Recuadro 3). Asuma una posición y defiéndala. Para hacerlo, investigue sobre algún consejo comunitario que se haya realizado en su región, cuáles fueron los reclamos que se presentaron y qué sucedió en consecuencia.

9 Ronald Archer y Matthew Sobert Shugart, “El potencial desaprovechado del predominio presidencial en Colombia”, en *Presidencialismo y democracia en América Latina* (Buenos Aires: Paidós, 2002), 121-173.

Taller Rama Ejecutiva

1. La última encuesta sobre imagen de las entidades públicas mostró que el país no cree en el Congreso. Emilio, consejero presidencial para el ahorro público, dijo: “señor presidente, esta es una oportunidad. Cerremos el Congreso y usted asume las funciones legislativas. Así, nos ahorramos esa platica”. El presidente miró a Emilio y le respondió:
 - a. No. ¡Usted no comprende que el Estado contemporáneo tiene como uno de sus principios el de la separación de poderes!
 - b. ¡Qué buena idea! Pues el Estado contemporáneo tiene como principio que el presidente concentre todos los poderes.
 - c. Hagámoslo; así seré más popular. Esta decisión la apoyará todo el país. Y ese dinero que sea para el gasto público social.
 - d. ¡¿Cómo se le ocurre?! ¡No ve que estamos en un sistema parlamentario?
2. Al ser elegido alcalde de San Pedro (Atlántico), José Navas se da cuenta de que los gastos del municipio exceden los ingresos. Angustiado, le consulta a su esposa, que le dice: “Pero, mijo, no es sino que pongas unos impuestos de valorización y con eso se arregla el problema”. La esposa del alcalde no tiene razón porque:
 - a. Crear impuestos nuevos es facultad exclusiva del Congreso de la República.
 - b. Solo la Rama Ejecutiva del nivel nacional puede crear impuestos; la municipal no.
 - c. Necesita del visto bueno del concejo municipal.
3. Mientras que el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios en el Exterior (Icetex) de Cúcuta toma decisiones cuya responsabilidad está en cabeza del Icetex en Bogotá, el ICBF de Boyacá tomas sus decisiones y lleva a cabo sus tareas a

Actividad 10

Para reflexionar

nombre propio. ¿Cuál es la diferencia en cuanto a la desconcentración y la descentralización?

- a. La primera implica que las funciones desempeñadas por las entidades centrales se trasladan físicamente en el territorio nacional, mientras que la segunda se caracteriza porque los agentes toman decisiones a nombre de la entidad central.
 - b. La primera se caracteriza porque las decisiones se toman a nombre propio y la segunda porque hay independencia de la entidad central.
 - c. En la primera hay desplazamiento de las funciones del centro a las entidades territoriales, actuando estas a nombre de la entidad central, y en la segunda la facultad para gobernarse a sí mismas la tienen las entidades públicas diferentes a las nacionales.
 - d. En la primera las funciones de las entidades del centro son las mismas que las de las entidades territoriales y hay independencia entre ellas y en la segunda las funciones se delegan a las entidades territoriales con presupuesto propio.
4. Preocupado por la carrera armamentista de Z, un país vecino –que en los últimos años ha comprado una gran cantidad de armas y equipos de guerra– y por

los rumores de prensa que afirman que el presidente de ese país estaría preparándose para una eventual invasión de Colombia, el presidente de la república, decidido a defender la soberanía nacional, declara, con la firma de todos los ministros y la aprobación del Senado, el estado de guerra exterior. Esta medida:

- a. Es constitucional, pues el presidente puede declarar la guerra a otro Estado, siempre y cuando cuente con la aprobación de su gabinete y el legislativo.
 - b. Es inconstitucional, pues el estado de excepción que se debe declarar para este tipo de situaciones es el de conmoción interior.
 - c. Es constitucional, pues el presidente está haciendo uso de facultades constitucionales para defender al país de una amenaza exterior.
 - d. Es inconstitucional, pues el estado de guerra exterior solo puede ser declarado cuando el país ha sido objeto, o es inminente que lo sea, de una agresión extranjera.
5. Los estados de excepción declarados hace un tiempo para afrontar los hechos relacionados con un paro judicial y con la caída de las denominadas “pirámides” despertaron cierto grado de resistencia en algunos sectores de la ciudadanía. Estos señalaron que, en tiempo de estado de excepción, el presidente adquiere mayores poderes que aquellos que le son conferidos en tiempo de normalidad. Ello es así, ya que el presidente durante los estados de excepción adquiere poderes:
- a. Constituyentes.
 - b. Legislativos.
 - c. Absolutos.
 - d. Morales.



Damián Leonardo Quiroga Díaz.

Glosario

Decreto. Acto administrativo en que se expresa la voluntad del ejecutivo conforme a la ley.

Descentralización. Capacidad que tienen los entes territoriales y algunas actividades del Estado para administrar y gobernar autónomamente sus asuntos. Hay descentralización por colaboración y descentralización por servicios.

Estados de excepción. Situaciones graves y excepcionales que hacen que se ponga entre paréntesis el funcionamiento normal del Estado, otorgándole al presidente, por un tiempo limitado y para conjurar la crisis, las facultades de expedir normas con fuerza de ley.

Potestad reglamentaria. Posibilidad que tiene el presidente de desarrollar la ley mediante decretos con el objetivo de poder aplicarla.

Material de apoyo

Videos, series y documentales

- *House of cards.* Serie dramática que muestra cómo el congresista estadounidense Francis Underwood no se detiene por nada para lograr sus objetivos y así llega a ser el presidente de los Estados Unidos de América. En la serie se evidencian las tensiones entre los diferentes poderes.
- *Scandal.* Serie de televisión estadounidense que tiene lugar en Washington D.C. y se centra en la historia de Olivia Pope, una abogada experta en el manejo de crisis y escándalos. Su misión, y la de su equipo, es proteger y defender la imagen y las vidas de sus clientes, normalmente pertenecientes a la élite del país.

Libros

- *La fiesta del chivo* (Mario Vargas Llosa). El libro se ambienta en la República Dominicana y retrata el asesinato del dictador dominicano Rafael Leónidas Trujillo y sus secuelas.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. *El sistema parlamentario*. Bogotá: Legis, 2004.
- _____. *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid: Trotta, 1996.
- Archer, Ronald y Matthew Sobert Shugart. "El potencial desaprovechado del predominio presidencial en Colombia". En *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- Biscaretti de Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Bloch, Marc. *Los reyes taumaturgos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Burdeau, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. 18 ed. Ramón Falcón Tello (trad.). Madrid: Editora Nacional Cultura y Sociedad Torregalindo, 1981.
- De la Torre, Cristina. *Álvaro Uribe o el neopopulismo en Colombia*. Medellín: La Carreta, 2005.
- Durán Smela, Diana. "Rama ejecutiva del poder público colombiano: ¿Omnipotente y omnipresente?" En *Manual de Constitución y Democracia del Estado y la protección de los derechos*. Vol. II. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2011.
- Guerra, Francois Xavier. "Lógicas y ritmos de las revoluciones hispánicas". En *Las revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*. Madrid. Editorial Complutense, 1995.
- Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza, 2008.
- Henao Hidrón, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 2001.
- Lleixa Joaquim. "El Gobierno". En *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Vivir en policía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Múnica Cavada, Alfonso. *El fracaso de la nación*. Bogotá: Banco de la República, 1998.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis, 1997.
- Restrepo Piedrahíta, Carlos. *El Síndrome del presidencialismo en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989.
- Rodríguez, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*. 7 ed. Bogotá: Temis, 1999.
- Sáenz, Mauricio. *Caudillos*. Bogotá: Panamericana, 2010.
- Tafur Galvis, Álvaro. *Las entidades descentralizadas*. Bogotá: Temis, 1977.

El Congreso de Colombia y la democracia: caracterización de una institución en crisis

Andrea Celemín Caicedo

Democracia representativa **Ley**
acto legislativo
control político



Objetivos de aprendizaje

- Conocer las principales características de la composición y funcionamiento del Congreso de la República.
- Determinar los aspectos esenciales de organización interna, limitaciones y garantías institucionales para el desempeño de las funciones parlamentarias.
- Diferenciar la manera como el principio de representación democrática se manifiesta en el Congreso de la República.
- Distinguir la importancia de las diversas funciones del Congreso: de creación de normas jurídicas y como órgano de contrapeso de poder.
- Analizar algunas críticas que la democracia representativa debe soportar en la actualidad.



Guía de estudio

¿Cuáles son los aspectos más importantes que explican la composición y el funcionamiento del Congreso de la República? Este capítulo compara las semejanzas y diferencias entre el Senado de la República y la Cámara de Representantes. También analiza en detalle las funciones del Congreso como órgano de representación de la diferencia, de creación de normas jurídicas y de contrapeso de poder. Teniendo en cuenta lo anterior, el estudio de este capítulo puede guiarse por medio de las siguientes preguntas: ¿por qué son necesarios los parlamentos en la estructura de los Estados contemporáneos?, ¿cuáles son las funciones más importantes que desempeña el Congreso?, ¿qué diferencias existen en el trámite de formación de las leyes y el de formación de los actos legislativos?, ¿cómo se manifiesta la estructura bicameral del Congreso de Colombia en el cumplimiento de sus funciones?



Introducción

Dos décadas atrás, cuando la Asamblea Nacional Constituyente intentaba rearmar la institucionalidad colombiana mediante la expedición de una nueva Constitución, una de las premisas que orientaban la transformación institucional de Colombia era la de mejorar el funcionamiento del Congreso¹. Por esta razón, el constituyente de 1991 introdujo algunos cambios que buscaban fortalecerlo. Quizá el cambio más discutido fue la eliminación de partidas presupuestales de directa disposición de los congresistas para invertir en sus regiones o auxilios parlamentarios, partidas que en la práctica resultaban un subsidio a las campañas, ya que los congresistas las usaban para conseguir votos. También se eliminó la posibilidad de los congresistas de ser ministros del despacho u ocupar otros cargos gubernamentales. Además, el Senado se reorganizó como órgano de representación nacional en lugar de regional, al tiempo que se aumentó el tiempo de las sesiones, se fortaleció el control político a la Rama Ejecutiva y se incluyó la posibilidad de participación ciudadana en el proceso de tramitación de las leyes, entre otros cambios.

Actividad 1 Para investigar

Investigue en la Constitución nacional quiénes pueden proponer leyes ante el Congreso y cómo deben hacerlo los ciudadanos de forma directa.
¿Actualmente existe alguna ley que haya sido propuesta por los ciudadanos de forma directa?

1 “No cabe duda de que uno de los principales incentivos para que el pueblo se volcara a las urnas para integrar una asamblea nacional fue el descontento de amplios sectores de la población con el Congreso de la República”. Manuel José Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991* (Bogotá: Presidencia de la República, Consejera para el Desarrollo de la Constitución, 1993), 129.

No obstante, las modificaciones hechas al Congreso parecen haber resultado insuficientes, pues los titulares de prensa –todos ellos posteriores a la promulgación de la nueva Constitución– parecerían confirmar la subsistencia de problemas (véase la imagen de la página anterior). Así, por ejemplo, ha habido grandes escándalos de corrupción y de vinculación entre congresistas y grupos armados al margen de la ley.

Muchos factores podrían explicar la crisis de la democracia representativa en Colombia². Uno de ellos se evidencia cuando se analiza que la Constituyente de 1991 hizo cambios, pero también dejó ciertas cosas tal y como estaban. Algunas de las características institucionales que permanecieron son: la posibilidad de reelección indefinida de los congresistas y la falta de escenarios de rendición de cuentas de las actividades de los parlamentarios fuera de las elecciones. Además, en diversas ocasiones, por ley se han modificado factores tan centrales al funcionamiento del Congreso como la financiación de las campañas, la rendición de cuentas, los toques de financiación y la disciplina de los partidos.

Probablemente en un futuro se dará de nuevo la discusión sobre la conformación y funcionamiento del Congreso. Pero esta clase de análisis requiere comprender cuáles son las razones por las cuales se lo considera como un órgano esencial para la democracia, así como las características más importantes de su estructura y funcionamiento en Colombia. Este capítulo pretende brindar esas herramientas.

Composición y caracterización del Congreso de Colombia

En Colombia, el cuerpo representativo más importante es el Congreso de la República. Por su amplitud, representa muchos más intereses y poblaciones que los cargos gubernamentales de elección popular. En su seno se incorporan muchos de los intereses regionales, sociales, económicos o políticos nacionales en su amplia diversidad. Mediante el voto popular, los colombianos tienen la labor y la posibilidad de elegir a las personas que los representarán por un período de cuatro años.

2 Para ampliar este tema, véase en este libro el capítulo 2 “El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar”, por Antonio Barreto Rozo.

Actividad 2 Para reflexionar

Examine la composición actual del Congreso de la República a través de su página de Internet. Describa la variedad de intereses representados, incluyendo, por ejemplo, la diversidad étnica, religiosa, regional, de partidos, de sexo y orientación sexual, de regiones, de clase social, de profesiones y ocupaciones, de edad, etc.

1. ¿Qué intereses considera que están claramente sobrerrepresentados (su presencia es mayor que la de la población en general) y cuáles cree que no están presentes?
2. ¿Es diferente la composición del Senado y de la Cámara?

Los congresistas están organizados en dos cámaras: Senado y Cámara de Representantes. Ambas participan en la elaboración de las leyes, pero los debates se dan en cámaras separadas. Por ende, hay dos espacios de debate distintos, con algunas características diferentes en su composición y funciones, como se explica más adelante.

No todos los parlamentos tienen una estructura bicameral: algunos están compuestos por una sola cámara. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se discutió fuertemente la modificación de la estructura bicameral del Congreso colombiano. Finalmente, primó la decisión de dar continuidad a la histórica conformación del Congreso colombiano y a su división en dos cámaras: el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

La apuesta por la bicameralismo se explica en parte porque al dividir el Congreso en dos cámaras se fortalecen los controles y contrapesos que pueden efectuarse entre cada una de ellas. El debate en dos cámaras puede ayudar a corregir desaciertos en la deliberación. Así lo expresaron algunos delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente cuando manifestaron que

[...] la dualidad aporta la riqueza de los puntos de vista y [...] corrobora el acierto de una opinión que recibe el apoyo de dos cuerpos diversos. Justamente lo que se propone el Bicameralismo es conseguir que una opinión errónea sea oportunamente detenida por la deliberación de un organismo distinto del que lo adoptó

inicialmente, así como procurar el incremento de certeza que es posible añadir a una opinión cuando en ella coincidan los dos órganos³.

Esta posición se enfrentó a la de otros delegatarios que consideraban el problema como estructural:

[...] la composición bicameral del Congreso, que es lo único que ha permanecido incólume a través de nuestra historia parlamentaria, [...] obliga a que las leyes se debatan dos veces en dos cámaras del mismo origen electivo, de la misma duración y con funciones casi idénticas, a menudo dominadas por el mismo partido político, [de modo que] todo ello aunado al desmedido aumento del número de Congresistas y al cercenamiento de facultades a favor del ejecutivo, conforman el sombrío balance de la sesquicentenaria tradición bicameral colombiana⁴.

Ahora bien, si fuera necesario representar gráficamente el bicameralismo colombiano, no podría recurrirse a la idea de una imagen reflejada en un espejo. Aunque cada una de estas cámaras tiene características semejantes que les garantizan una igualdad de poder entre ellas y la misma influencia en sus relaciones frente a los restantes poderes del Estado, existen importantes diferencias institucionales entre el Senado de la República y la Cámara de Representantes. Así, para comprender la estructura bicameral del Congreso de Colombia es necesario analizar las semejanzas y diferencias existentes entre cada una de las cámaras que lo conforman.

Empecemos por las semejanzas. En relación con sus condiciones de funcionamiento, cada una de las cámaras se reúne en el mismo espacio: la capital de la república (Constitución Política, art. 140) y durante el mismo período de cuatro años. Además, los miembros del Congreso sesionan en unas fechas estrictas establecidas expresamente por la Constitución. Son dos períodos al año que se llaman períodos ordinarios. El primero de estos inicia el 20 de julio y se extiende al 16 de diciembre. El segundo inicia el 16 de marzo y va hasta el 20 de junio. Estos períodos conforman una legislatura. En ocasiones, y por

3 Ponencia “Estructura, composición y funcionamiento de la Rama Legislativa del poder público”. Ponentes Hernando Yepes, Alfonso Palacio Rudas y Antonio Galán Sarmiento. Archivo General de la Nación, Sección República, Fondo Congreso, Legajo 335.

4 Anexo al Proyecto de Álvaro Echeverri y Rosemberg Pabón. En Archivo General de la Nación, Sección República, Fondo Congreso, Legajo 335.

Actividad 3

Para discutir

Considere los argumentos a favor y en contra del bicameralismo en Colombia y tome una posición al respecto.

razones extraordinarias, el Congreso sesiona por fuera de la legislatura, pero solo si es convocado por el presidente de la república. Si el Congreso sesiona por fuera de estos términos, las sesiones carecen de validez.

Si bien el Senado y la Cámara sesionan en el mismo lugar: el Capitolio Nacional en Bogotá, y en los mismos períodos, casi nunca sesionan de forma conjunta, sino cada en cámaras aparte, y solo sesionan de forma conjunta al instalar y clausurar las legislaturas, posesionar al presidente de la república, elegir al contralor y al nuevo vicepresidente –en caso de que aquel falte de manera absoluta– y para cumplir funciones de protocolo.

Tanto el Senado como la Cámara de Representantes son similares en su organización interna. Cada una de ellas está gobernada por una mesa directiva que es designada de entre sus miembros, se renueva al inicio de cada legislatura y la dirige su presidente. Tienen un reglamento interno (Ley 5 de 1992), el cual es la norma encargada de especificar exactamente las funciones que deben cumplir los congresistas en ejercicio. Además, cada una de las cámaras esta subdividida en varias comisiones. Estas, a pesar de las diferencias en los números de su conformación, tienen funciones idénticas.

Las comisiones son de dos tipos generales: constitucionales y legales. Las comisiones constitucionales, como su nombre lo indica, fueron creadas por la Constitución (art. 142) y reglamentadas por ley –Ley 3 de 1992 y Ley 754 de 2002⁵– para dar el primer debate a los proyectos de ley. Se organizan por temas, y cada comisión debate los temas de su competencia; por ejemplo, algunas debaten las normas de derechos humanos, otras las de

5 De acuerdo con estas normas, cada cámara está subdividida en siete comisiones constitucionales permanentes. Adicionalmente, estas normas determinan la forma y el procedimiento para la integración de cada una de las comisiones, así como las distintas temáticas de las que se ocupan cada una de ellas.

contratación estatal, otras las de defensa nacional, etc. Adicionalmente, estas comisiones son importantes en la realización de la función de control político, pues algunas investigan y controlan al gobierno de turno. Además de las comisiones constitucionales, cada cámara tiene comisiones legales, comisiones especiales y comisiones accidentales, que son reguladas por la Ley 5 de 1992 y sirven para el desarrollo de las demás funciones del Congreso.

Otra similitud entre las cámaras es que todos los integrantes del Congreso están sujetos al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de sus funciones. En efecto, la Constitución determina una serie de prohibiciones para lanzarse al Congreso, para no incentivar las conductas autointeresadas (inhabilidades). También prevé castigos para sancionar dichas conductas cuando los congresistas se encuentran en el ejercicio de sus funciones (incompatibilidades).

Una de las grandes transformaciones que introdujo la Constitución de 1991 para garantizar el que estas limitaciones no solo tuvieran una fuerza simbólica fue la figura de la pérdida de investidura. Esta es una acción legal de carácter expedito, tramitada ante el Consejo de Estado, cuya titularidad recae o en los órganos de gobierno de las cámaras, es decir, en las mesas directivas, o en los ciudadanos. Esta acción tiene graves consecuencias para los congresistas, pues, primero, no pueden continuar ejerciendo el cargo; segundo, no pueden ser jamás miembros del Congreso; y tercero, no podrán ser presidentes ni vicepresidentes de la república.

Actividad 4

Para investigar

El régimen de bancadas busca cohesión y coherencia en las decisiones que se toman en el Congreso, al obligar a los miembros de un partido a votar de forma conjunta. Sin embargo, en varios medios critican este régimen y consideran que algunas leyes se votan sin suficiente deliberación, a *pupitrazo*. Investigue en los medios de comunicación un proyecto de ley sobre el que hayan caído estas críticas y coméntelas o evalúelas, para decir si el régimen de bancadas cumple con su objetivo de cohesión o coherencia o si es perjudicial.

Recuadro 1

Comisiones constitucionales*

Comisión Primera: Compuesta por 19 miembros en el Senado y 35 en la Cámara de Representantes. Conoce de: actos legislativos reformativos de la Constitución; leyes estatutarias; organización territorial; reglamentos de los organismos de control; normas generales sobre contratación administrativa; notariado y registro; estructura y organización de la administración nacional central; derechos, garantías y deberes; Rama Legislativa; estrategias y políticas para la paz; propiedad intelectual; variación de la residencia de los altos poderes nacionales; asuntos étnicos (Ley 3 de 1992, art. 3).

Comisión Segunda: Compuesta por 13 miembros en el Senado y 19 en la Cámara de Representantes. Conoce de: política internacional; defensa nacional y fuerza pública; tratados públicos; carrera diplomática y consular; comercio exterior e integración económica; política portuaria; relaciones parlamentarias, internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al gobierno; fronteras; nacionalidad; extranjeros; migración; honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; contratación internacional.

Comisión Tercera: Compuesta por 15 miembros en el Senado y 29 miembros en la Cámara de Representantes. Conoce de: hacienda y crédito público; impuesto y contribuciones; exenciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores; regulación económica; planeación nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro.

Comisión Cuarta: Compuesta por 15 miembros en el Senado y 27 en la Cámara de Representantes. Conoce de: leyes orgánicas de presupuesto; sistema de control fiscal financiero; enajenación y destinación de bienes nacionales; regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas; creación, supresión, reforma u organización de establecimientos públicos nacionales; control de calidad y precios y contratación administrativa.

Comisión Quinta: Compuesta por 13 miembros en el Senado y 19 en la Cámara de Representantes. Conoce de: régimen agropecuario; ecología; medio ambiente y recursos naturales; adjudicación y recuperación de tierras; recursos ictiológicos y asuntos del mar; minas y energía; corporaciones autónomas regionales.

Comisión Sexta: Compuesta por 13 miembros en el Senado y 18 en la Cámara de Representantes. Conoce de: comunicaciones; tarifas; calamidades públicas; funciones públicas y prestación de los servicios públicos; medios de comunicación; investigación científica y tecnológica; espectro electromagnético; órbita geoestacionaria; sistemas digitales de comunicación e informática; espacio aéreo; obras públicas y transporte; turismo y desarrollo turístico; educación y cultura.

Comisión Séptima: Compuesta por 14 miembros en el Senado y 19 en la Cámara de Representantes. Conoce de: estatuto del servidor público y trabajador particular; régimen salarial y prestacional del servidor público; organizaciones sindicales; sociedades de auxilio mutuo; seguridad social; cajas de previsión social; fondos de prestaciones; carrera administrativa; servicio civil; recreación; deportes; salud; organizaciones comunitarias; vivienda; economía solidaria; asuntos de la mujer y de la familia.

Mediante la reforma política del año 2003, se determinó que las actuaciones de los partidos políticos dentro del Congreso de la República deben efectuarse en bancadas, para fortalecer su cohesión y coherencia en estas corporaciones y también para facilitar la deliberación en las comisiones y las cámaras en pleno^{*}. Por este motivo, todos los partidos y movimientos políticos que integran cada una de las cámaras del Congreso de Colombia deben actuar siguiendo las opiniones y perspectivas de las bancadas, y no las opiniones individuales, so pena de ser sancionados. La única excepción son aquellos casos en los que los congresistas alegan que seguir a su bancada contraría gravemente su conciencia (por ejemplo, por motivos religiosos).



Capitolio Nacional de Colombia, sede del Congreso. Plaza de Bolívar, en el centro histórico de Bogotá.

^{*} Ley 3 de 1992 (art. 3). Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. Comisiones Constitucionales. En línea: <http://www.senado.gov.co/comisiones/comisiones-constitucionales>

^{**} La razón es porque reduce el número de opiniones y perspectivas en conflicto, pues ya no son muchos legisladores individualmente considerados interviniendo en el debate parlamentario, sino pocas bancadas las que discuten las propuestas normativas en el seno de las cámaras y comisiones. Sobre el particular véase la Ley 974 de 2005 y la Sentencia C-453 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Recuadro 2 Requisitos e inhabilidades para ser congresista

Según el artículo 172 de la Constitución Política de Colombia, para ser elegido senador “se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”. Por su parte, el artículo 177 de la Carta señala que para ser elegido representante a la Cámara se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de 25 años de edad en la fecha de la elección. La Constitución, en su artículo 179, señala las restricciones de los ciudadanos para aspirar a una curul en el Congreso de la República:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad.

Actividad 5
Para discutir

Senador Eduardo Merlano se enfrentó con policías por prueba de alcohol

“Llamemos al coronel de la Policía. ¿Cómo me va a tratar usted así? Llamemos a su superior y no pasa nada”, le dice el congresista a un agente que lo reprende por no tener licencia de conducción y, al parecer, por estar manejando en estado de embriaguez. Merlano, cada vez más molesto, asegura que es una “persona decente” y que ante su investidura de senador, los agentes no tienen por qué detenerlo para hacerle una prueba de alcoholemia.

“Yo soy Senador de la República, 50 mil votos. ¿50 mil personas votaron por mí y ustedes me van a faltar al respeto? Por Dios, ¿eso qué es? No conocen realmente lo que es el sector público”, dice el legislador, quien, muy disgustado, *pide que “no lo filmen”, porque “no está haciendo nada malo”*.

Los agentes, entre tanto, se limitan a recordarle al congresista que están cumpliendo con su deber y que una prueba de alcoholemia se le puede aplicar a cualquier ciudadano, más si no porta licencia de conducción. Mientras tanto, Merlano insiste en que sea llamado “el coronel” o un superior.

“¿Le consta que estoy tomando? ¿Le consta?”, se escucha decir al político, quien además les dice a los agentes que “no hablará más” con ellos y los acusa de estar “cometiendo una falta” por parar a una persona “decente”.

Teniendo en cuenta lo leído hasta ahora en este capítulo, escríbale una carta al editor de un periódico comentando lo sucedido y expresando su opinión sobre una posible destitución del senador Merlano.

* *El Tiempo*. Temas del Día, 15-5-2012. Énfasis en el original. En línea: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11798201.html

Actividad 6

Para investigar

¿Cuántos congresistas han perdido su investidura desde la implementación de la nueva Constitución? Investigue algunos de los motivos que han llevado a estas destituciones, cuál órgano del poder público los investigó y cuál los condenó con base en cuáles pruebas. ¿Qué opinión tiene sobre este proceso?

Un último símil entre la Cámara y el Senado tiene que ver con que la Constitución les otorga las mismas garantías para el cumplimiento de sus funciones. Primero, impide que los congresistas puedan ser censurados, perseguidos o sancionados por sus opiniones y votos (figura que se conoce bajo el concepto de inviolabilidad parlamentaria); y segundo, establece una garantía para que los delitos cometidos por los congresistas sean conocidos solo por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria

en Colombia: la Corte Suprema de Justicia. Así como la norma constitucional les otorga a los congresistas igualdad en poder, condiciones de organización y gobierno interno, garantías para el cumplimiento de sus funciones y prohibiciones y limitaciones, también determina una serie de diferencias entre cada una de las cámaras que componen el Congreso de Colombia. La Tabla 1 esquemmatiza estas diferencias.

Forma de elección de los miembros del Congreso de la República

Aunque las Cámaras que conforman el Congreso tienen el mismo peso e influencia en la estructura del Estado colombiano, las diferencia la forma como se eligen los congresistas. Esto se debe a que la Constitución de 1991 buscó que hubiera diferentes fuentes de pluralismo y participación en dichos escenarios representativos, al crear distintas circunscripciones para la elección de los miembros del Congreso. La circunscripción es la base sobre la cual se construye la elección, es decir, para definir quiénes son los votantes y dónde están ubicados.

Tabla 1 Comparación entre Senado y Cámara de Representantes

	Número de integrantes	Requisitos de la elección	Circunscripción en la que se eligen sus miembros	Ejercicio de la función legislativa	Ejercicio de la función electoral	Ejercicio de la función jurisdiccional
Senado	102 senadores de la república.	Colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y ser mayor de 30 años.	Circunscripción Nacional (100). Circunscripción especial indígena (2).	Trámite de iniciar proyectos de ley relacionados con las relaciones internacionales.	Función electoral para el nombramiento de ciertas autoridades sin el concurso de la Cámara de Representantes.	Función de juzgamiento en la que le corresponde juzgar a los funcionarios acusados.
Cámara	166 representantes a la Cámara*.	Ciudadano en ejercicio y ser mayor de 25 años.	Circunscripción territorial y circunscripciones especiales (5).	Trámite inicial de proyectos de ley relacionados con materias tributarias.	Función electoral sin el concurso del Senado.	Función de juzgamiento en la que le corresponde investigar a los funcionarios acusados.

* Esta cifra es variable y depende dos factores. En primer lugar, del número de habitantes, de conformidad con parámetros determinados por el artículo 176 de la Constitución, a saber: dos representantes para cada circunscripción territorial (departamentos y Distrito de Bogotá), más un representante adicional por fracción mayor a 365.000 habitantes en cada circunscripción, más otro adicional por fracción mayor a 182.500 habitantes. La cifra de 166 representantes, además, incluye los de las circunscripciones especiales.

Para la elección del Senado los colombianos votan en una única circunscripción nacional para elegir cien miembros. Ninguno de ellos representa a un territorio específico, sino en general a toda la nación. Por el contrario, el artículo 171 de la Constitución ordena la creación de una circunscripción especial indígena en la que se reconoce el derecho a ser electos a dos miembros de estas minorías. Esto quiere decir que los candidatos por la circunscripción indígena compiten entre sí y no con los demás candidatos al Senado. Los dos representantes de los indígenas se suman a los cien anteriores.

Por su parte, la elección de los miembros de la Cámara de Representantes es diferente. En esta, los votantes eligen entre los candidatos que representan los intereses territoriales –organizados en la circunscripción territorial– o los candidatos que representan intereses y necesidades de grupos diferenciados, organizados en circunscripciones especiales⁶. A partir del 2013 (Acto Legislativo 01 de 2013), estas distribuyen 5 curules conferidas por la Constitución, así: miembros de las comunidades indígenas (1), miembros de los grupos afrodescendientes (2) y colombianos residentes en el exterior (2).

Las semejanzas y diferencias entre las diversas Cámaras que conforman el Congreso de Colombia revisten algunas particularidades para el desempeño de las distintas funciones de este órgano. Enseguida las revisaremos con mayor detenimiento.

Las funciones del Congreso de Colombia

A partir de su estructura bicameral, el Congreso de la República de Colombia cumple diversas funciones en la estructura del Estado. Su composición diversa favorece el cumplimiento de una primera función que se ejerce de forma transversal y comunicante con las restantes funciones: la representación. Además de representar las diferencias de los intereses, las necesidades y las opiniones de los colombianos, el Congreso cumple funciones especiales asignadas por la Constitución. Por razones de extensión nos limitaremos a analizar dos clases de funciones: como

⁶ Sin embargo, la norma constitucional difirió al legislador la tarea de regular lo relacionado con estas circunscripciones especiales. Solo para el año 2001, el Congreso finalmente logró expedir la Ley Estatutaria 649 de 2001 para reglamentar el Artículo 176 de la Constitución.

Actividad 7

Para discutir

Lean las preguntas y respondan.
Supongan que ustedes quieren ser congresistas.
Determinen:

1. ¿Qué requisitos se necesitan para ser senador o representante?
2. ¿Qué partido representa mejor sus intereses y por qué?
3. ¿Se necesitan más votos para ser senador o para ser representante, o no hay diferencia?
4. ¿Cuál sería su propuesta como congresista?
La propuesta debe limitarse a lo que efectivamente hacen los congresistas.
5. ¿Cómo harían para llevar recursos y desarrollo a su región?

Debate: Investiguen la figura llamada *cupos indicativos*, según la cual se acuerda el traslado de fondos a las regiones, que se ha vinculado con la corrupción de los representantes de las regiones en el Congreso. Defienda o ataque los cupos indicativos a partir de las funciones del Congreso y de la función del Congreso en una democracia.

órgano de creación de normas jurídicas y como órgano de contrapeso de poder.

El Congreso como órgano de creación de normas jurídicas

En primer término, al Congreso de Colombia le corresponde la función de elaborar normas jurídicas: leyes y actos legislativos. La expedición de leyes es la actividad corriente del Congreso. Sin embargo, de forma excepcional también adopta actos legislativos, que son unas normas que modifican la Constitución Nacional. Es importante anotar que las leyes deben someterse a la Constitución y estar acordes con esta, mientras que los actos legislativos cambian la Constitución. Las leyes, dependiendo de las materias que regulan y de ciertas formalidades en su trámite de formación, presentan diferencias en su jerarquía. Pueden ser leyes ordinarias, orgánicas o estatutarias, y se diferencian en el contenido y en la forma de aprobación.

Las *leyes ordinarias* son la mayoría, pues no corresponden a las materias reservadas para leyes especiales o que requieren leyes estatutarias. Se adoptan mediante formalidades mínimas que, de acuerdo con la Constitución (art. 157), son: 1) su publicación, 2) la realización de cuatro debates, dos en cada cámara: el primero en comisiones constitucionales y el segundo en la plenaria de la Cámara; en cada caso para seguir el proceso deben ser aprobadas por mayoría simple⁷ en un término máximo de dos legislaturas; y 3) la sanción o firma del presidente de la república.

Las *leyes orgánicas* son las que tienen que ver con el presupuesto y las competencias de las entidades territoriales. Se expiden por ley orgánica las regulaciones de los siguientes temas: preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas; apropiaciones; expedición del Plan Nacional de Desarrollo; y asignación de competencias a las entidades territoriales, entre otras. Los trámites exigidos para la promulgación de estas leyes son más complejos que los de las leyes ordinarias. Tienen el mismo número de debates, pero requieren ser aprobadas por mayoría absoluta (mayoría de integrantes y no de asistentes) de los miembros de cada cámara.

Las *leyes estatutarias* regulan otro tipo de materias que se consideran de alta importancia y sensibilidad, en una lista taxativa que hace la Constitución. Son las relacionadas con derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y funciones electorales, los mecanismos de participación ciudadana, los estados de excepción, la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, justicia penal militar, y las competencias jurisdiccionales de autoridades administrativas.

Las leyes estatutarias, al igual que las leyes ordinarias y las leyes orgánicas, se aprueban mediante cuatro debates. Sin embargo, la Constitución realiza otra serie de exigencias en su trámite de formación, y deben ser aprobadas mediante mayoría absoluta, en una sola legislatura. Una última característica de este tipo especial de

leyes es que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y orgánicas –cuyo control lo efectúa la Corte Constitucional después de su promulgación, y referido a los asuntos estrictamente señalados en las demandas de inconstitucionalidad efectuadas por los ciudadanos–, el control constitucional ejercido por la Corte respecto de esta clase de leyes antecede a la promulgación y es automático –es decir, que no requiere de ninguna demanda– e integral.

Por último, el Congreso puede adoptar *actos legislativos* encaminados a modificar la Constitución. Entre los requisitos más importantes para tramitarlos, están:

- Aprobación en ocho debates y no en cuatro, como se exige para todos los distintos tipos de leyes.
- Prohibición de realizar alguna etapa del trámite durante sesiones extraordinarias.
- Determinación de un mandato para que el proceso de trámite se efectué en dos períodos legislativos consecutivos.
- Establecimiento de mayorías distintas para la aprobación, dependiendo del período legislativo. Por ello, mientras que para el primer período legislativo se exige la aprobación de la mayoría de los asistentes a las comisiones y a las plenarias, la realización de los debates del segundo período legislativo requiere de la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras.
- Prohibición de que en el segundo período legislativo se debatan iniciativas presentadas en el primero.

El trámite de formación de las normas jurídicas

La Constitución de Colombia establece una serie de formalidades y etapas para el trámite de formación de leyes y actos legislativos por parte del Congreso. Estas formalidades, más que ser una suma de actos irreflexivos o de rituales sin sentido, deben responder a una serie de principios de la legislación, que han de ser cumplidos y respetados por aquellos elegidos como representantes de la ciudadanía. Jeremy Waldron, uno de los teóricos constitucionales estadounidenses más influyentes en la actualidad, ha identificado el conjunto de principios que se garantizan a través de los procedimientos parlamentarios. Estos principios son:

⁷ La mayoría simple, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 5 de 1992, se alcanza con la aprobación de la ley por la mitad más uno de los asistentes a la sesión plenaria o a la sesión de la comisión.

Actividad 8

Para investigar

A partir de la información suministrada en este capítulo y de su investigación individual complete la tabla siguiente.

Proceso legislativo de una ley ordinaria

Momento en el procedimiento	Descripción	Característica
	Discusión en el pleno de la cámara en la que inició el trámite.	
Segundo		A través de este mecanismo, se garantiza el principio de representación, pues los diversos actores sociales y grupos de interés pueden preparar sus intervenciones, movilizar sus recursos, acudir a los medios de comunicación o recurrir a contactos con los miembros del Congreso, para dejar oír su voz en relación con la iniciativa legislativa.
	Elaboración y publicación de la ponencia para primer debate.	
		La Constitución determina que el lapso temporal que ha de cumplirse para el paso de un proyecto de la cámara de origen a la segunda cámara no puede ser inferior a quince días.
Último paso	Promulgación de la ley.	
	El diseño de un proyecto que debe ser radicado en cualquiera de las cámaras. Este proyecto debe contener como mínimo un título, una exposición de motivos y su correspondiente articulado.	El articulado que se propone puede, a su vez, agruparse en capítulos y títulos y debe respetar el principio de unidad de materia.
	Sanción presidencial.	
		Este debate pretende garantizar el principio de deliberación. En efecto, la especialidad temática de las diversas comisiones constitucionales, así como su tamaño en relación con el de las cámaras en pleno, facilita que se discutan los diversos puntos de vista sobre conveniencia, oportunidad o juridicidad de la medida propuesta.

1) El principio de la explicitación del proceso de creación legal, que sostiene que cuando una ley es hecha o cambiada, esta debe ser hecha o cambiada de forma explícita; 2) el deber de cuidado cuando se está legislando, en vista de la inherente importancia de la ley y de los intereses y libertades que están en consideración; 3) el principio de representación, el cual requiere que la ley sea hecha en un foro que otorgue voz y salidas de información acerca de todos los intereses y opiniones importantes en la sociedad; 4) el principio de respeto por el desacuerdo y, por consiguiente, los requerimientos para una oposición en condiciones de lealtad; 5) el principio de deliberación y el deber de responsabilidad en la deliberación; 6) el principio de la formalidad legislativa; 7) el principio de la igualdad política y del procedimiento de decisión que se soporta en una legislatura elegida, por ejemplo, la regla de la mayoría.

Si bien, ni en la Constitución de Colombia ni en la Ley 5 de 1992 se establecen estos principios como pautas que deben orientar el quehacer legislativo, es posible identificar en las normas que regulan los diversos momentos de este procedimiento una sincronía con estos principios de la legislación.

El procedimiento legislativo se inicia con el diseño de un proyecto que debe ser radicado en cualquiera de las Cámaras. Este proyecto debe contener como mínimo un título, una exposición de motivos y su correspondiente articulado. Mediante la exposición de motivos, el autor del proyecto explica y justifica la necesidad de la expedición de la norma. Por su parte, el articulado, que puede a su vez agruparse en capítulos y títulos, debe respetar el principio de unidad de materia. Esta primera etapa del proceso legislativo se corresponde con el principio de explicitación del proceso de creación legal. Este pretende que el legislador *muestre todas sus cartas* y exponga de forma clara, técnica y acorde con los imperativos constitucionales la forma como pretende crear una norma que regule una situación del mundo social o modificar una ya existente.

Después de que el proyecto se ha radicado, sigue un segundo momento del trámite legislativo que consiste en la publicación

del proyecto en la *Gaceta del Congreso*, para permitir que los diversos miembros del parlamento lo conozcan, así como los ciudadanos que tengan cualquier interés en realizar seguimiento a la actividad desarrollada por el Congreso. A través de este mecanismo se garantiza el principio de representación, pues los diversos actores sociales y grupos de interés pueden preparar sus intervenciones, movilizar sus recursos, acudir a los medios de comunicación o recurrir a contactos con los miembros del Congreso, para dejar oír su voz en relación con la iniciativa legislativa.

Realizada su publicación y dependiendo de su temática y contenido, el proyecto es distribuido a uno o varios de los miembros del Congreso, que deberán elaborar una ponencia. A partir de la elaboración de este texto, en el que se presenta un análisis del contenido del proyecto de ley o del acto legislativo, se da inicio a la etapa de deliberación dentro del proceso legislativo. La exigencia para la elaboración de estas ponencias pretende garantizar el principio del debido cuidado cuando se está legislando. Y es que el autor o los autores de estas ponencias tienen la posibilidad de detallar con mayor atención la propuesta legislativa para establecer las fortalezas o debilidades de las medidas propuestas, su nivel de eficiencia o inclusive



El Congreso de la República.

su conformidad con las normas constitucionales o con otras normas de rango superior, como las leyes orgánicas. A partir de este escrito, que también se publica, se da curso al primer debate, que debe realizarse dentro de las comisiones constitucionales permanentes. Gracias a la especialidad temática de las diversas comisiones constitucionales, así como a su tamaño en relación con el de las cámaras en pleno, se facilita que se discutan los diversos puntos de vista en relación con la conveniencia, oportunidad o juridicidad de la medida propuesta.

Concluido el debate en comisión, y luego de la realización de una nueva ponencia en la que se da publicidad a las discusiones ocurridas en el primer debate, el proyecto continúa su discusión en el pleno de la cámara en la que inició el trámite. La Constitución exige que, como mínimo, medie un plazo de ocho días entre cada uno de estos debates, para favorecer las posibilidades de información y conocimiento de las iniciativas a deliberar y así facilitar que se cumpla con el deber de responsabilidad en la deliberación. Una vez la plenaria aprueba el proyecto, este deberá pasar de idéntica forma a la segunda cámara. Es decir, debe ser aprobado en la comisión permanente y después en la plenaria de la otra cámara.

En esta etapa deliberativa, el proyecto debe completar un total de cuatro debates en ambas cámaras, en el caso de las leyes, y de ocho debates, en el caso de los proyectos de acto legislativo. La Constitución determina que el lapso temporal que ha de cumplirse para el paso de un proyecto de la cámara de origen a la segunda cámara no puede ser inferior a quince días para los actos legislativos, o de ocho días para las leyes. Nuevamente, estos plazos pretenden facilitar el principio de deliberación, al permitir que cada uno de los integrantes de las Cámaras cuente con oportunidades de conocer las virtudes o defectos de las iniciativas tramitadas. Igualmente, la Constitución determina que el paso de un debate a otro debe ser debidamente anunciado tanto en comisiones como en la plenaria, para que todos aquellos que han analizado los proyectos tengan la oportunidad de intervenir en estos debates.

A través de las ponencias, de los debates y de las propuestas que cualquiera de los miembros del Congreso pueda hacer para modificar, adicionar o suprimir alguna de las normas de un determinado proyecto de ley o acto legislativo, el procedimiento legislativo pretende el enriquecimiento de las iniciativas legislativas, para que

el resultado de la actividad parlamentaria sea idóneo y racional. Igualmente, todas estas posibilidades de enriquecer la discusión de un determinado proyecto deben facilitar el seguimiento del principio de respeto al desacuerdo. En otras palabras, mediante las ponencias, los debates o la proposiciones efectuadas a la iniciativa se da la oportunidad a aquellas voces que no concuerdan con la iniciativa tramitada de presentar y exponer sus ideas en contra de la propuesta debatida.

Solo con la aprobación en cada uno de estos debates el proyecto será sancionado por el gobierno para su promulgación como ley de la república, momento desde el cual lo que prescribe la ley se convierte en un mandato obligatorio para todos los habitantes del territorio.

La aprobación de estas iniciativas se efectúa haciendo uso del principio de las mayorías como regla de decisión que avala la toma de decisiones en el órgano parlamentario. La teoría constitucional considera de suma importancia este mecanismo, por ser la mejor garantía del principio de la igualdad, ya que, de acuerdo con él, cada voto tiene el mismo valor y peso. De no ser así, aquellos representantes más poderosos, influyentes o carismáticos tendrían la capacidad de imponer su voluntad a la hora de aprobar las leyes, sin necesidad de agregar las voluntades necesarias para sumar la mayoría parlamentaria requerida.

En algunas oportunidades existen diferencias entre lo aprobado por una de las cámaras en relación con lo aprobado por la otra. Tomando en consideración la igualdad

Actividad 9

Para investigar

Investigue sobre el proceso de adopción de una ley de su interés.

¿Cuál fue el origen del proyecto de ley?, ¿qué dijeron las diferentes ponencias?, ¿cuáles fueron los principales cambios introducidos en los debates?

Para investigar, puede acudir a la *Gaceta del Congreso* (antes *Anales del Congreso*) donde se publican todas las ponencias y proyectos de ley. También puede recurrir al registro de prensa.

jerárquica que cada una de estas cámaras tiene dentro del Congreso, la Constitución determinó la puesta en práctica de un mecanismo de conciliación en donde miembros del Senado y de la Cámara de Representantes se reúnen para superar tales diferencias. Esta comisión elabora un nuevo texto que debe ser sometido a una votación en las plenarias, para que sea la totalidad de los miembros de cada cámara la que decida si aprueba la voluntad expresada por los miembros de la comisión de conciliación.

La función de creación de normas legales ha permitido la consolidación de la institución parlamentaria. Sin embargo, como se observa, la labor de creación de normas jurídicas no es una tarea sencilla. Son muchas las etapas y formalidades que deben cumplirse en este proceso, que idealmente debe producir resultados acordes con las necesidades y expectativas sociales, y reflejar la representación de las diferencias en la sociedad.

Por último, es preciso señalar que cada una de las etapas y formalidades diseñadas para dar curso al proceso de creación legal en ordenamientos jurídicos como el colombiano han sido establecidas para garantizar el cumplimiento de los principios de la legislación y no simplemente para permitir el balanceo de las fuerzas políticas en el Congreso. A nuestros legisladores parece olvidárseles en diversas ocasiones esta poderosa idea, en la que descansa el fundamento de su legitimidad. Pero, entre menos conciencia se tenga de la importancia de esta labor, la actividad de nuestro parlamento estará más expuesta a críticas, por la escasa racionalidad de las normas promulgadas o, lo que es peor, por la lejanía de la legislación creada respecto de los intereses públicos o de las necesidades generales.

Las funciones del Congreso como órgano de contrapeso del poder

El diseño constitucional colombiano concibe al Congreso no solo como un órgano de creación de normas jurídicas sino también como uno que contrapesa el poder de las demás ramas del poder público (la Ejecutiva y la Judicial). Por este motivo, la Constitución le otorga al Congreso una serie de competencias a través de las cuales se relaciona con las ramas restantes, para controlar los excesos que puedan presentarse por parte de quienes las integran y para balancear los poderes de los demás órganos que conforman la estructura del Estado. Estas funciones

Actividad 10

Para reflexionar

¡Qué irresponsabilidad!

Delfina López es senadora de la república. Ella considera muy preocupante la elevada tasa de embarazos en adolescentes que viven en estrato 1 y 2, pues en su opinión tener hijos en esas circunstancias “es una irresponsabilidad mayor, al no contar con los medios suficientes para brindar una adecuada crianza”. La congresista está convencida de que no han servido de nada las campañas publicitarias que invitan al uso del preservativo, por lo que propone tomar medidas más severas que inviten a “pensarlo dos veces” antes de arriesgarse. De acuerdo con lo anterior, y creyendo firmemente en la necesidad de que el Estado vele por el bienestar de las mujeres y de los niños que se encuentran en situaciones de miseria, Delfina presenta un proyecto de ley para promover la ligadura de trompas en mujeres de estrato 1 y 2 y para hacerla exigible en mujeres de estos estratos con más de 2 hijos.

El proyecto fue radicado en la Secretaría del Senado. En seguida, el secretario ordenó a su asistente, Lucrecia, que enviara una copia a la Imprenta Nacional, no sin antes hacerle entrega del original al presidente de la misma corporación para que este lo repartiera a la comisión correspondiente. Lucrecia le entregó el original al presidente de la corporación, pero olvidó enviar la copia del proyecto a la Imprenta. El trámite del proyecto siguió su curso y correspondió su estudio en primer debate a la Comisión Constitucional Permanente del Senado. Fue elegido como ponente el senador Adolfo Hernández, quien decidió entrar a debatir el proyecto en una reunión en la sede del partido político X, aprovechando que estaba reunida la comisión en pleno. Ese día fue aprobado en primer debate el Proyecto de Ley 123 de 2008 sin modificaciones sustanciales. Pasados ocho días, entró a segundo debate, ya ante el Senado en pleno, y recibió el voto favorable de la mayoría absoluta de los senadores. De ahí pasó a ser estudiado por la Cámara de Representantes, en donde fue debidamente aprobado. Posteriormente, el presidente de la república lo sancionó y entró en vigor.

Identifique los vicios de forma y de fondo que tiene esta ley.

son el control político, el juzgamiento de altos dignatarios y la elección de algunos funcionarios del Estado.

Diagrama 1 Función de control político



Función de control político

Las funciones de control político están encaminadas a facilitar que el Congreso pueda limitar los excesos que se presentan en las actuaciones de quienes integran el ejecutivo.

Por medio de la función de control político, el órgano legislativo puede verificar las actuaciones de las autoridades del ejecutivo, como ministros, directores de departamentos administrativos o superintendentes (Constitución Política, art. 135). A través de citaciones a las comisiones o a las sesiones plenarias, los congresistas pueden solicitar explicaciones a estas autoridades administrativas, que les permitan determinar si sus actuaciones tienen correspondencia con el ordenamiento legal, el desarrollo de los principios constitucionales o el seguimiento de las políticas y directrices establecidas por el gobierno. Este tipo de control puede terminar con la moción de censura, la cual

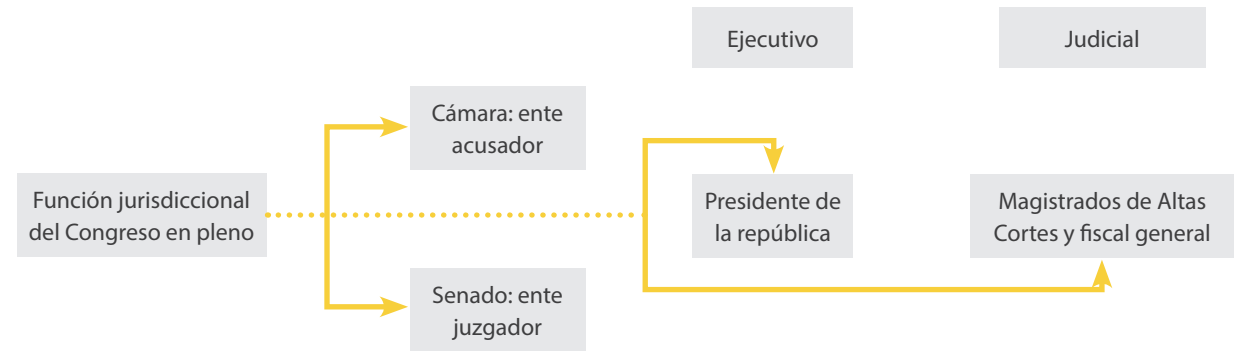
le exige al funcionario cuestionado retirarse de la entidad administrativa que dirige, una vez ha concluido el debate, como consecuencia de la decisión tomada por la mayoría de los integrantes de la Cámara que propuso la moción.

Función jurisdiccional

La capacidad de controlar del órgano parlamentario no se circunscribe a la verificación de las actuaciones de los miembros del ejecutivo. Las normas constitucionales le otorgan al Congreso un poder de control que también se extiende a la Rama Judicial. Este poder de controlar se materializa a través de la promulgación de decisiones sancionatorias de carácter jurisdiccional. Cuando el presidente de la república o los representantes más importantes de los órganos de la Rama Judicial realizan conductas delictivas o contrarían la dignidad de sus cargos, el Congreso está autorizado a adelantar juicios para detener la continuación de esta clase de conductas y para evitar el debilitamiento de la legitimidad institucional del Estado.

Para esta clase de juicios, la Constitución ha apelado a las virtudes del bicameralismo. Es decir, a la capacidad de que cada cámara pueda verificar las actuaciones realizadas por la otra. Por ello, ha separado las funciones de acusación en la Cámara de Representantes y de juzgamiento en el Senado⁸. La Cámara, a su vez, actúa por intermedio de la Comisión de Acusaciones, que es la encargada de recopilar las pruebas e investigar las conductas denunciadas. En esta clase de procesos también interviene la plenaria de la Cámara, que tiene la labor de decidir si

Diagrama 2 Función jurisdiccional



8 Con el Acto Legislativo 02 de 2015 (promulgado el 1 de julio de 2015) se modificó esta función para que de forma previa a la función de acusación de la Cámara de Representantes intervenga la comisión de aforados, únicamente en los juicios contra los funcionarios con fuero de la Rama Judicial.

envía la acusación al Senado o la archiva. En caso de que se encuentre mérito para la acusación, al Senado en pleno le corresponde juzgar al funcionario respectivo.

Este mecanismo de control permite que el Congreso tenga la capacidad de retirar de su cargo a los funcionarios juzgados o de imponerles la pérdida de derechos políticos, como medidas sancionatorias. Impuestas estas sanciones por parte del Congreso, el proceso se seguirá ante la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución también le otorga al Congreso otras competencias para balancear a los demás poderes.

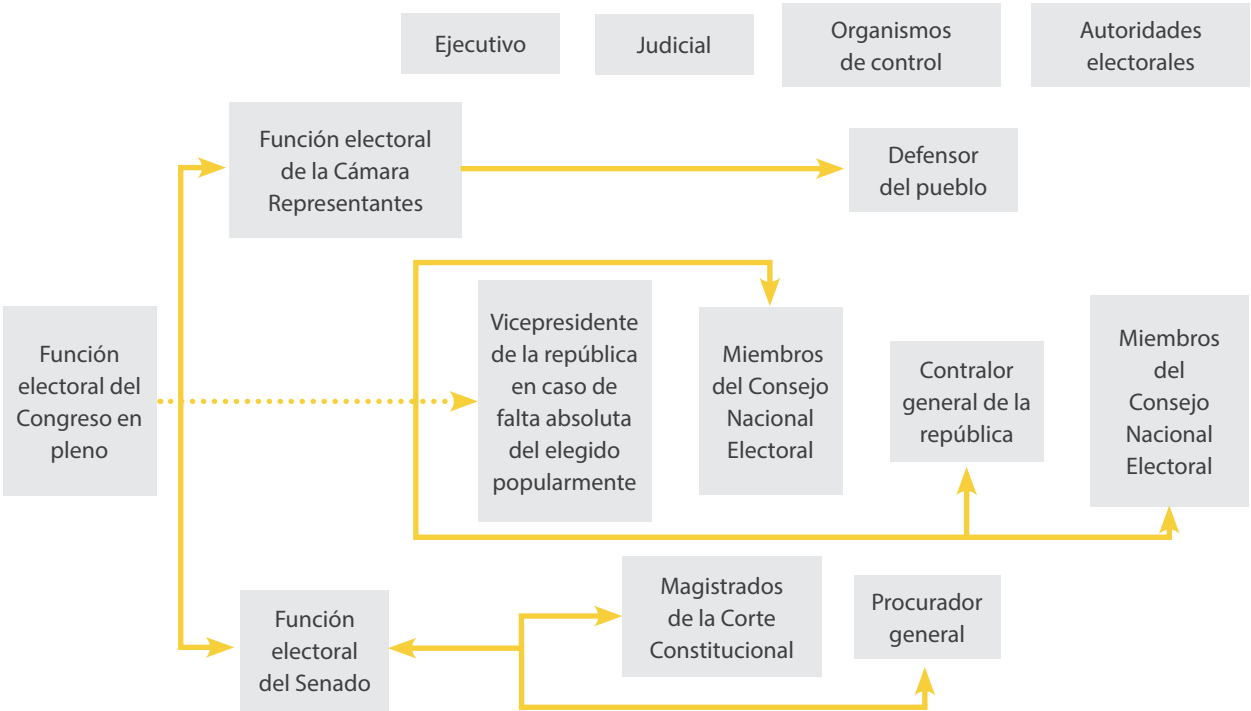
Función electoral

A través de la función electoral, el Congreso interviene en la conformación de las demás ramas, para irradiar algún nivel de representatividad de los diversos grupos o intereses que conforman la comunidad política en la composición de estos órganos y también para evitar la consolidación de facciones en su interior.

Tal y como se observa en el Diagrama 3, mientras que el Congreso en pleno tiene la función de elegir a algunos

funcionarios (vicepresidente, magistrados de la sala disciplinaria del Consejo Superior, contralor general y miembros del Consejo Nacional Electoral), cada cámara tiene competencias autónomas para la elección de otros funcionarios. Pero esta función electoral no es competencia exclusiva del órgano parlamentario. En este proceso electoral intervienen otras autoridades públicas. Estas nominan a candidatos individuales o intervienen en la elaboración de ternas, para que sea la institución parlamentaria la que decida cuál de los postulados tiene las cualidades suficientes para ocupar el cargo. Por ejemplo, la Cámara de Representantes elige al defensor del pueblo entre los candidatos propuestos por el presidente de la república. Igual sucede con la elección de los magistrados de la Corte Constitucional. El Senado elige entre las ternas presentadas por el presidente, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia. Estas mismas autoridades intervienen en la nominación de candidatos individuales para la elección del procurador. La elección del contralor, que la efectúa la plenaria del Congreso, requiere de la postulación de candidatos individuales por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Diagrama 3 Función electoral



Actividad 11

Para reflexionar

Considere los candidatos a las próximas elecciones del Congreso. Seleccione un candidato de Senado y uno de Cámara que represente sus intereses y valores como votante y piense por qué votaría por esas personas. Construya su respuesta indicando de dónde sacó las propuestas y cómo ellas se acercan a sus preferencias políticas.

Consideraciones finales

En este capítulo se describen los elementos más importantes que caracterizan y explican la estructura y funcionamiento del Congreso colombiano. Como se observa, a pesar de los graves problemas que afronta dicho órgano, su papel es fundamental para obtener algún grado de representación de las diversas ideas e intereses presentes en la nación en cuanto a la creación de normas jurídicas, la elección de algunos dignatarios, la conformación de la realidad política y la propia conformación del Estado. Por este motivo, lejos de que la crisis que continúa padeciendo nuestro Congreso termine por acabar con esta institución, ella ha de concebirse como una nueva oportunidad para rescatarla.

Y es que es innegable que la democracia representativa sigue siendo necesaria. Los problemas de escala de las sociedades contemporáneas⁹ y la imposibilidad de que podamos estar presentes en los espacios destinados a la toma de cada una de las decisiones que nos afectan conducen a que esta clase de espacios representativos jueguen un rol fundamental en los Estados democráticos.

Pero la defensa de la democracia representativa y del Congreso no solo puede fundamentarse en la idea de que este es un escenario necesario. Si se reflexiona con detenimiento sobre su composición y funcionamiento, se observa cómo esta rama del poder público es la única capaz de ofrecer algunos espacios para que las diversas voces, opiniones y perspectivas de una sociedad sean

escuchadas y ayuden a la conformación del orden jurídico y social de la nación¹⁰. Sin un órgano de representación como el Congreso de la República, tendríamos que sujetarnos a las decisiones de unos pocos respecto de los cuales ni siquiera las virtudes teóricas de la representación (el proceso de autorización mediante la elección popular y su correlativa desautorización mediante la no reelección) serían predicables.

El dilema de la democracia representativa es que, si ella es necesaria y, por qué no, deseable, hay que fortalecer las competencias como ciudadanos, para utilizar el poder que se tiene en el ciclo de representación de forma adecuada. También para que desde los espacios académicos y de opinión se realicen las propuestas necesarias para reorganizar y fortalecer el diseño institucional con miras a corregir –en la medida de lo posible– las imperfecciones y problemas del Congreso de Colombia.

Este es un llamado a dejar de alterarse o quejarse por la famosa crisis del Congreso. La democracia representativa debe revisarse y perfeccionarse antes de acabar con ella, y esta es una responsabilidad compartida.

9 Robert Dahl, *La democracia y sus críticos* (Buenos Aires: Paidós, 1991).

10 Samantha Besson, “The paradox of Democratic Representation”, en *Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence* (EE.UU.: Ashgate, 2005).

Actividad 12

Para investigar

Taller Rama Legislativa

Seleccione la respuesta correcta:

1. Óscar Julio Manríquez no logró que su partido –el Partido Meritocrático– lo incluyera en la lista como candidato para la Cámara de Representantes por Bogotá. Muy triste, le comentó a su amigo Mario, quien lo incluyó en la lista del Partido Revoltoso para el Senado. Óscar, muy feliz, hizo su campaña. Al resultar electo, descubrió que la mitad de los votos obtenidos se habían producido en Bucaramanga. Óscar no comprendía por qué había obtenido votos en un lugar distinto de Bogotá. Mario, su amigo, le explicó que eso ocurría porque:
 - a. Las personas tienen derecho a votar por quien quieran, aunque sean de otra circunscripción.
 - b. El Senado se elige por circunscripción nacional.
 - c. El Senado se elige por circunscripción territorial.
 - d. Se trastearon los votos de Bucaramanga a Bogotá.
2. En los últimos días el ministro de Trabajo ha hecho algunas declaraciones que ponen en entredicho su idoneidad para ejercer su función de manera adecuada y digna. De hecho, ha actuado de forma no muy ética y está poniendo en peligro la estabilidad del gobierno para sacar adelante asuntos de interés nacional. Si usted fuera el asesor del presidente del Congreso y este le pidiera su opinión, usted le diría que al ministro se le puede:
 - a. Iniciar un debate de control político y someter a votación una moción de censura para que sea retirado del cargo.
 - b. Iniciar un proceso judicial por su indignidad, para que lo investigue la Comisión de Investigaciones de la Cámara y lo juzgue el Senado.
 - c. Denunciar la indignidad ante la Fiscalía General de la Nación, para que luego lo juzgue la Corte Suprema de Justicia.
 - d. Dada la función nominativa del Congreso, despedirlo por su inadecuada actuación.
3. Seleccione la definición correcta de “legislatura”:
 - a. Un año para el Congreso, compuesto de dos períodos de sesiones.
 - b. Proceso por el cual se aprueba una ley, pasando de comisión a plenaria en ambas cámaras.
 - c. Se llama legislatura al Congreso cuando vota en pleno.
 - d. Conjunto de normas aprobadas por el Congreso en un año calendario.
4. El procurador general de la nación desea presentar al Congreso de la República un proyecto de ley donde se regule el derecho de las personas a morir dignamente. Si se entiende que este derecho es fundamental, el tipo de ley que el Congreso debe tramitar es:
 - a. Ley ordinaria.
 - b. Acto legislativo.
 - c. Ley estatutaria.
 - d. Ley orgánica.
5. El ministro de Protección Social, político de Antioquia, le comenta sus intenciones de ser representante a la Cámara. Le propone que sea su jefe de debate y le pide que le organice su agenda con el recorrido que debe realizar por todo el país para conseguir los votos necesarios. Usted se ha sentido honrado. Por ende, le aconseja:
 - a. Iniciar en Medellín –ya que es de allá– y continuar por la Costa norte para obtener más votos a nivel nacional.
 - b. Comenzar por los sitios donde no lo conocen (como Meta) y dejar de últimas Antioquia.
 - c. Empezar por Antioquia y luego seguir en Bogotá, ya que es donde hay mayor votación.
 - d. Concentrarse en Antioquia, ya que la Cámara se elige por circunscripción territorial.
6. El Congreso de la República propone una ley para reglamentar la situación de los remisos del Ejército en todo el territorio colombiano. Indique si es verdadero o falso que el proceso para la creación de la ley es el siguiente: se presenta un proyecto de ley, se lo envía a la Imprenta Nacional, se llevan a cabo cuatro

Actividad 12

Para investigar

- debates (el primero en la comisión de la cámara de origen, el segundo en plenaria de la cámara de origen, el tercero en la comisión de la otra cámara, y el cuarto en la plenaria de la otra cámara), el presidente la sanciona y se publica.
- a. Verdadero.
 - b. Falso.
7. Algunos congresistas de ambas cámaras, que en número conforman la mayoría suficiente para aprobar una ley, deciden que sería muy interesante aprobar una ley para reglamentar el tamaño de las piscinas de los hoteles y, por tanto, se reúnen en el recinto del Congreso. Después de debatir por un rato deciden aprobarla afirmando que todos los ciudadanos deben obedecerla desde el momento en que se publique en la *Gaceta del Congreso*. Esta ley:
- a. Fue aprobada válidamente por el Congreso de la República y publicada de la manera indicada, por lo que debe ser obedecida.
 - b. Fue aprobada por la mayoría necesaria y, debido al principio de separación de poderes, el presidente no tiene porqué intervenir para que sea obligatoria.
 - c. Aunque fue aprobada por la mayoría necesaria, no puede ser obligatoria, porque debe ser sancionada por el presidente.
 - d. No cumple con el requisito de los debates necesarios en las dos cámaras para que pueda ser aprobada, y no puede ser aplicada, pues falta la sanción presidencial.
8. El ministro de Hacienda estaba furioso. Mandó llamar a su asistente, Laura, para que le explicara cómo era posible que el Senado de la República lo citara el día 25 de marzo a un debate de control político. Cuando Laura llegó, el Ministro le dijo: “¿Cómo es ese cuento del control político?, ¿no se supone que el Congreso es el legislador, es decir, quien hace las leyes?, ¿no ven que no tengo tiempo para esas cosas?” Laura le respondió: “Señor ministro,
- a. Usted tiene toda la razón. El Congreso de Colombia únicamente tiene funciones legislativas y constitucionales. El control político viola el principio de separación de poderes”.
 - b. No se preocupe, el control político únicamente lo ejerce su jefe: el presidente de la república. Debe ser alguna broma del Senado”.
 - c. Es muy grave, porque la Cámara de Representantes lo debió acusar ante el Senado por algún delito”.
 - d. Es normal, porque el Congreso puede citar a ministros y otros funcionarios del Estado para que explique su gestión”.

Glosario

Acto legislativo. Norma que tiene por objeto la reforma o modificación de la Constitución Política, con el fin de adaptarla a las situaciones o necesidades actuales de un momento histórico determinado*.

Democracia representativa. Forma de Estado en la que la actuación del principio democrático, conforme al cual el pueblo ha de determinar el sentido de la acción estatal, tiene lugar esencialmente mediante la elección periódica por el cuerpo electoral de los órganos legislativos**.

Ley. Norma de Derecho emanada del Estado, de forma escrita y con un procedimiento solemne***. En Colombia su elaboración está a cargo del Congreso de la República. Se distinguen tres tipos de leyes: ordinaria, orgánica, estatutaria.

Mayoría absoluta. La Ley 5 de 1992 establece que la decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes.

Mayoría simple. La Ley 5 de 1992 por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes (art. 117) establece que la decisión se toma por la mayoría de los votos de los asistentes.

Período legislativo ordinario. Según la Constitución Política de Colombia (art. 138), es aquel que se lleva a cabo durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; el segundo inicia el 16 de marzo y concluye el 20 de junio.

* Luis F. Bohórquez y Jorge I. Bohórquez, *Diccionario Jurídico Colombiano* (Editora Jurídica Nacional, 2007).

** *Diccionario Jurídico Espasa* (Madrid: Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, 2007).

*** *Diccionario Jurídico Espasa*.

Material de apoyo

Videos y documentales

- “Simón Gaviria leyó la Reforma a la Justicia pero no vio los ‘micos’” (Canal Caracol, 7:33). Publicado en *El Espectador* el 22 de junio de 2012. Este video sirve para sustentar cómo, en la práctica, los intereses políticos priman sobre la racionalidad del procedimiento legislativo. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/video-354700-simon-gaviria-leyo-reforma-justicia-no-vio-los-micos%C2%B4>
- “Impunity” (Hollman Morris, 2:14). El video muestra el discurso de Mancuso y los aplausos que recibió en el Congreso de Colombia. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=KcQYICDuwFk> (YouTube, subido el 22 de mayo de 2012.)
- Cifra repartidora: <https://www.youtube.com/watch?v=Kw7zYk-7Bj8>

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- Sentencia C-826 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Trata el tema del trámite legislativo.
- Sentencia A-207 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Trata el tema de los vicios subsanables.

Referencias bibliográficas

Atienza, Manuel. *Contribución para una Teoría de la Legislación*. Madrid: Tecnos, 1997.

Besson, Samantha. "The paradox of Democratic Representation". En *Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. EE.UU.: Ashgate, 2005.

Cepeda, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejera para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

Cepeda Ulloa, Fernando. *Las fortalezas de Colombia*. Bogotá: Ariel, BID, 2004.

Dahl, Robert. *La democracia y sus críticos*. Buenos Aires, Paídos, 1991.

De Bufala, Pablo. "El parlamentarismo y su transformación actual. Crisis del parlamentarismo y auge actual del Ejecutivo". *Juripolis*, 1 (enero 2005).

Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, 2007.

Bohórquez, Luis F. y Jorge I. Bohórquez. *Diccionario Jurídico Colombiano*. Editora Jurídica Nacional, 2007.

Eskridge, William y Philip Frickey. *Cases and Materials on Legislation. Statutes and the Creation of Public Policy*. EE.UU.: West Group, 1995.

Hamilton, James. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Montesquieu, Charles. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 2000.

Palacio Torres, Alfonso. *Concepto y control del Procedimiento Legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ruiz Miguel, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia". *Isonomía*, 21 (octubre 2004).

Sartori, Giovanni. "En defensa de la representación política". En *Democracia y representación. Un debate contemporáneo*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

Waldron, Jeremy. *Principles of Legislation. The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in Constitutional State*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

Justicia: ¿derecho o privilegio?

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Administración de Justicia
Corte Suprema de Justicia
Consejo de Estado *Corte Constitucional*
Consejo Superior de la Judicatura
órganos de cierre
derecho de acceso a la justicia



Objetivos de aprendizaje

- Entender la estructura básica y la composición de la Rama Judicial.
- Conocer las funciones y características de las Altas Cortes en el sistema de justicia colombiano.
- Reflexionar sobre la manera como el diseño institucional de la Rama Judicial afecta la garantía de derechos.
- Entender lo que está en juego cuando se cuestiona el funcionamiento de la justicia y cuando se desjudicializa la resolución de conflictos.
- Reflexionar sobre la relación entre la garantía de los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes.



Guía de estudio

Este capítulo presenta la estructura básica de la Rama Judicial del poder público y muestra cómo esta se vincula a dos discusiones sobre la justicia que generalmente transcurren de manera separada. La primera es la discusión sobre el acceso a la justicia y la efectividad de las garantías que amparan los derechos de los ciudadanos. La segunda es la discusión sobre la separación de poderes y la relación de la Rama Judicial con las otras dos ramas del poder público.

El capítulo inicia desarrollando el derecho al acceso a la justicia y luego expone cómo el propósito de garantizar un mayor y mejor acceso afecta el equilibrio de las ramas del poder público, por lo que quienes tienen el poder para definir la estructura de la Rama Judicial generalmente no priorizan el acceso a la justicia, sino la contención o delimitación de los poderes de los jueces. El capítulo termina presentando la estructura básica de la Rama Judicial y explicando el papel de los jueces en las democracias constitucionales.

El acceso a la justicia como necesidad

Acercarse a la administración de justicia para obtener un recurso o beneficio, una orden de hacer o no hacer, no es solamente un derecho, sino que es ante todo una necesidad de los ciudadanos. En la medida en que el Estado moderno se funda en una renuncia ciudadana a usar la violencia física y en la renuncia –algunos dirían recíproca– de las autoridades públicas a afectar a los ciudadanos sin orden judicial, los ciudadanos *necesitan* ir ante los jueces para obtener de otros ciudadanos lo que les es debido, y la administración pública *necesita* ir ante los jueces para que la autorice a usar su violencia para limitar la libertad personal de sus ciudadanos¹. Se trata de lo que Weber llama, al definir al Estado, “el monopolio de la violencia física legítima”².

La Constitución colombiana reafirma esta característica de los Estados modernos al establecer en el artículo 223 que solo el gobierno puede “introducir y fabricar armas”, solo los organismos nacionales de seguridad pueden portar armas, bajo la supervisión del gobierno, y solo el gobierno puede autorizar a los particulares a portar armas. Así como los particulares tienen restringido usar la violencia física, el gobierno también está restringido, al no poder usar la fuerza o en general interferir en la vida de los particulares sin contar con la autorización de los jueces. El artículo 28 de la Constitución dice: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

El derecho de acceso a la justicia

El derecho de acceso a la administración de justicia es la posibilidad que tiene todo ciudadano para exigir que el Estado intervenga en la defensa de sus derechos. La Corte Constitucional ha explicado que este derecho constitucional (art. 229) tiene tres dimensiones: 1) *derecho de acción*, como posibilidad de llevar un conflicto ante un juez; de allí que en derecho se diga que “sin acción no hay derecho”, es decir, sin la posibilidad de llevar el caso a un juez, el derecho queda en el papel; 2) *debido proceso*, como derecho a ser tratado de manera imparcial por el aparato de justicia y de acuerdo con normas previamente establecidas donde se garantice el derecho a la defensa; 3) *que exista una decisión judicial*, es decir, que efectivamente el juez tome una decisión y se cumplan sus órdenes³.

Cada una de estas tres dimensiones incluye garantías específicas que se asocian al derecho al acceso a la justicia. El derecho de acción incluye las garantías de presentar demandas, un procedimiento idóneo para presentarlas y suficientes jueces y funcionarios judiciales para garantizar que se pueda adelantar el caso. El derecho al debido proceso incluye las garantías de que el proceso ante el juez sea imparcial y siga las reglas preestablecidas

1 Benedict Anderson, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism* (Nueva York: Verso, 1991); Thomas Hobbes, *El Leviatán* (Barcelona: Altaya, 1994); John Locke, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil: un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil*. (Buenos Aires: Losada, 2002); Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social o principios de derecho político* (Madrid: Tecnos, 2007).

2 Max Weber, “La política como vocación”, en *El político y el científico* (Madrid: Alianza, 2005).

3 Sentencia T-799 de 2011. En esta sentencia en particular, y por sorprendente que parezca, la Corte protegió el derecho del demandante en la tutela a recibir una copia de la sentencia del tribunal en el proceso respectivo.

Tabla 1 Garantías de acceso a la justicia

Dimensión	Garantías
Derecho de acción	Presentar demandas
	Procedimiento idóneo y efectivo para la garantía de derechos
	Oferta de justicia suficiente
Debido proceso	Garantías procesales del debido proceso
	Suficientes mecanismos alternativos para resolver conflictos
	Protección especial para personas de escasos recursos
Derecho a una decisión judicial	Decisión argumentada
	Decisión ejecutable
	Decisión que se cumple

donde se permita la defensa, que exista la posibilidad de acceder a mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁴ y que las personas de escasos recursos tengan una especial protección para evitar su discriminación por falta de dinero. Por último, el derecho a la decisión judicial conlleva algunas garantías sobre la calidad de esta decisión: que esté argumentada, que sea posible cumplirla (ejecutable) y que efectivamente se cumpla.



Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio sobre el ferrocarril de Santa Marta. Editorial: Bogotá: Imp. Nacional, 1925.

El derecho de acceso a la justicia, visto así, es un derecho que hace posible la garantía de los demás derechos y es una condición o necesidad para ejercer los derechos. Sin acceso a un juez y, por ende, a la posibilidad de coerción a través del aparato estatal, el ejercicio de los derechos deja de tener garantías. En esta medida, podemos decir que el acceso a la justicia es un mecanismo poderoso de distribución de recursos:

4 Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son formas de resolver controversias con mediación de un tercero profesional sin acudir al juez.

Actividad 1

Para reflexionar

¿Ha acudido usted, un familiar o conocido alguna vez ante un juez? Describa brevemente lo sucedido, incluyendo ante qué juez fue y cómo fue el proceso. ¿Qué es lo que más recuerda de esta experiencia? ¿Se cumplieron todas las dimensiones del derecho que garantiza el acceso a la justicia o no?

algunas personas tienen la posibilidad de acudir al juez, y a la coerción del Estado, y otras no tienen esta posibilidad. Se explicarán estas relaciones en los acápites siguientes.

El acceso a la justicia como garantía de los derechos

La posibilidad de presentar reclamos ante los jueces (derecho de acción) es la principal garantía de los derechos que la Constitución establece a favor de todos los ciudadanos colombianos. Cada rama del derecho tiene sus propias acciones, es decir, las formas de presentar reclamos ante los jueces según el problema en cuestión. En este capítulo haremos un repaso de las acciones que corresponden al Derecho Constitucional, es decir, las acciones constitucionales.

Las acciones constitucionales se refieren a los mecanismos que la misma Constitución definió para salvaguardar

Actividad 2

Para investigar

En caso de que usted o un familiar no hayan acudido a donde un juez, investigue: ¿qué es la tutela?, ¿qué es un derecho de petición?, ¿qué es *habeas corpus*?, ¿en qué situaciones se puede recurrir a estas acciones?

de manera directa los derechos que ella misma consagró. Las acciones constitucionales se distinguen porque protegen de manera directa y especializada los derechos constitucionales⁵. Estas acciones son la acción de tutela (art. 86), la acción de cumplimiento (art. 87), las acciones populares (art. 88), el derecho de petición (art. 23) y el *habeas corpus* (art. 30).

Además, existen otras acciones creadas por ley a través de las cuales se desarrollan y puntualizan los derechos constitucionales y se hacen efectivos de manera más cotidiana en la legislación. Por ejemplo, el derecho a la salud se hace efectivo a través de la legislación que ordena y organiza la prestación del servicio de salud, y algo similar sucede con la educación y con la garantía de la propiedad privada. Así, a través de las leyes se definen los beneficios y recursos relacionados con los diferentes derechos y se establecen los procesos judiciales a través de los cuales pueden reclamarse.

Los jueces no son simples intermediarios o traductores de los reclamos de una parte y de otra, son “contenedores” de la fuerza y la violencia que los ciudadanos pueden ejercer entre sí y los funcionarios pueden desplegar frente a los ciudadanos⁶. Es decir, más que tramitadores que revisan que todo esté en regla, son árbitros que deciden

la fuerza que debe aplicarse, sobre qué aspectos, cuándo y en qué cantidades⁷.

Así, los jueces son los funcionarios que, dentro de los Estados modernos, se encargan de administrar justicia. En un sentido formal, lo que hacen es aplicar unas normas jurídicas (leyes, decretos y hasta otras sentencias) a los casos que se llevan ante ellos. En un sentido menos formal y más de fondo, el trabajo de los jueces puede definirse como la labor de resolver controversias⁸, lo que implica una gestión y un seguimiento que van más allá de la mera aplicación de las normas y también reproducen el orden de una sociedad. El diseño del aparato de justicia, entendido como el número de jueces y sus jerarquías, tiene un impacto en la manera en la que se distribuye el poder en la sociedad y se mantienen las distribuciones de poder existentes.

Actividad 3

Para reflexionar

¿Cómo cree que sería la vida en sociedad sin los jueces?, ¿considera que hay ocasiones en las que es mejor la “justicia por propia mano”?

Estructura de la Rama Judicial

La Constitución colombiana organiza a los jueces dentro de una rama del poder público y les asigna el deber, y privilegio, de regirse únicamente por la ley. En el título VIII establece su funcionamiento y organización, para lo cual explica: cuáles son las jurisdicciones, cuáles son los máximos órganos de la Rama Judicial, cuáles son las funciones de cada uno de estos órganos, cómo se eligen los funcionarios y quién llena los vacíos que puedan existir. De otro lado, la Constitución enfatiza la importancia de los jueces en la separación de poderes y su función en el control del poder de otros funcionarios.

5 Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991* (Bogotá: Temis, 1997); Catalina Botero, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Consejo Superior de la Judicatura, 2006).

6 Matthew Hale, *History and Analysis of the Common Laws of England* (Londres, 1713); Edward Coke, *Institutes of the Law of England* (Londres, 1628-1644); Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México: UNAM, 1988); Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992); Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge University Press, 1997); Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 2012).

7 Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Antonio Barreto Roza, “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención a las insistencias”, *Colombia Internacional* (2010), 53-86.

8 Francesco Carnelutti, *Teoría general del derecho* (Perú: Ara, 2006).

Tabla 2 Jurisdicciones

Jurisdicción	Ordinaria	Contencioso Administrativa	Constitucional	Especiales
Nivel				
Nivel 1	Corte Suprema de Justicia	Consejo de Estado	Corte Constitucional	Indígena Paz
Nivel 2	Tribunales de distrito judicial	Tribunales contencioso-administrativos	Todos los jueces	
Nivel 3	Jueces del circuito	Jueces administrativos		
Nivel 4	Jueces municipales			

La Constitución Política establece que los jueces del país son de cuatro tipos: ordinarios, contencioso-administrativos, constitucionales y especiales. Los jueces ordinarios son los que deciden conflictos entre particulares. Los contencioso-administrativos, conflictos entre particulares con la administración pública; los constitucionales, conflictos entre la legislación o la actuación pública y la Constitución; y los especiales son los jueces indígenas y los jueces de paz. Cada clase de jueces, además de organizarse por tipo de conflicto, se organiza de manera jerárquica y geográfica. Así, los jueces ordinarios se distribuyen en tres niveles jerárquicos y están bajo la autoridad de la Corte Suprema de Justicia (art. 235); los jueces contencioso-administrativos se distribuyen en dos niveles jerárquicos y están bajo la autoridad del Consejo de Estado (art. 236); y las decisiones constitucionales, que pueden adoptar todos los jueces de la república, se someten a la decisión de la Corte Constitucional (art. 239).

Para entender estas relaciones entre las diferentes instituciones de la Rama Judicial es clave tener en cuenta que sus funcionarios se organizan según dos principios: la jerarquía y los temas, también conocidos como competencias. La organización jerárquica implica que los jueces superiores, generalmente de tipo colegiado (varios jueces en un tribunal o corte) y no unipersonal, revisan y pueden modificar las decisiones de los jueces inferiores.

Los pronunciamientos de los jueces superiores (tribunales, Cortes, Consejo de Estado), no obstante, deben ser solicitados por las partes en el proceso a través de la apelación⁹. Si las partes no apelan, los jueces superiores

no revisan el caso. Solamente en la jurisdicción constitucional hay revisiones automáticas: las de algunos tipos de leyes y las de las tutelas. Respecto de la tutela, en particular, vale la pena señalar que la Corte Constitucional se pronuncia no por petición de las partes, sino por la decisión “discrecional” que toma en relación con casos que le parecen significativos¹⁰.

La Rama Judicial también está dividida por temas. Cada uno de estos –llamados jurisdicción– tiene su propio grupo de jueces que resuelve controversias especializadas. En Colombia hay cuatro jurisdicciones: ordinaria, contencioso-administrativa, constitucional y especiales. La jurisdicción ordinaria es la más grande y se ocupa de todas las controversias entre particulares. A su vez, está subdividida por temas: penal (delitos), comercial (involucra a comerciantes), laboral (por asuntos laborales), civil (relaciones familiares y contratos entre particulares, principalmente), etc. La jurisdicción contencioso-administrativa se ocupa de las controversias de los particulares contra el Estado. La jurisdicción constitucional, de la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, y las jurisdicciones especiales resuelven las controversias dentro de los territorios de las minorías étnicas.

En Colombia, la combinación de estos principios (jerarquía y competencia) establece cuatro niveles en cuatro jurisdicciones (que es el nombre que la Constitución da a las distintas áreas de operación de la justicia según el tema o competencia).

9 En el recurso excepcional ante la Corte Suprema de Justicia, las partes piden una casación y no una apelación, para que esta corte

revise su caso. En una casación la corte solo revisa el derecho aplicable y da los hechos por probados.
10 Sobre el tema véase Jaramillo y Barreto, “El problema del procesamiento de información...”

La organización jerárquica y temática de la Rama Judicial se relaciona, a su vez, con la idea de que el conocimiento de los jueces debe ser un conocimiento técnico y científico del derecho. Así, se busca asegurar que las decisiones de jueces inferiores sean revisadas por jueces con mayor experiencia y conocimientos. Esto se logra, en el caso de los jueces que componen las Altas Cortes –llamados magistrados–, imponiendo requisitos mínimos para ser considerado a estos cargos y sometiendo la elección a procedimientos políticamente complejos que veremos a continuación.

Oficina de Prensa Corte Constitucional.



Deliberación, Sala Plena de la Corte Constitucional.

Por último, es importante decir que la Rama Judicial maneja su propio presupuesto a través del Consejo Superior de la Judicatura, al que le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria. Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado. Esta se encarga de las cuestiones presupuestales: decidir sobre la inversión y gasto.
2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos por el Congreso Nacional entre las ternas enviadas por el gobierno para un período de ocho años. Esta investiga a los funcionarios de la Rama Judicial que cometan fallas en el ejercicio de sus funciones, como lo hace la Procuraduría con el resto del Estado.

Las Altas Cortes

La ley determina el número de magistrados de cada corte, así como los requisitos mínimos para obtener los cargos, los cuales son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano, ser abogado, no haber sido condenado por delitos comunes (no obsta el haber sido condenado por delitos políticos) y haber ejercido la profesión con mérito por diez años.

Si bien los requisitos son los mismos para las tres cortes, la forma de elección es diferente según cada una. La elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se hace por el método llamado de “cooptación”, es decir, que los miembros actuales son quienes pueden elegir a los miembros futuros¹¹. Este método busca “blindar” a estas cortes de la influencia de la política y someter las elecciones de magistrados a los altos estándares de la profesión jurídica personificados en los miembros ya elegidos.

Por el contrario, la elección de los magistrados de la Corte Constitucional responde al interés de que todas las ramas del poder público puedan influir en su conformación. Así, los magistrados son elegidos por el Senado de la República de ternas (posibles candidatos) que envían el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado¹². De estos posibles candidatos, el Senado debe elegir de acuerdo con algunos

Actividad 4

Para discutir

¿Qué sucedería si los jueces fueran elegidos por voto popular? Investigue sobre este tipo de elección de jueces, compare con el sistema colombiano y defienda el que considere sea el mejor sistema para Colombia.

¹¹ Constitución Política de Colombia (art. 233).

¹² Constitución Política de Colombia (art. 239).

presupuestos impuestos en la Constitución Política. Por ejemplo, en la conformación de la Corte Constitucional debe tenerse en cuenta que haya expertos en distintas áreas del derecho: familia, laboral, administrativo, penal, etc.¹³. En segundo lugar, prohíbe que se elija como magistrados a quienes en el año anterior a la elección hubiesen sido ministros del Despacho, magistrados del Consejo de Estado o Corte Suprema¹⁴.

Otra forma de garantizar la calidad de las decisiones judiciales es obligando a los jueces superiores a tomar decisiones colectivas. En efecto, si bien los jueces municipales, del circuito y administrativos son jueces de carácter individual (niveles 3 y 4), los tribunales y las Altas Cortes son cuerpos colegiados (niveles 1 y 2) que toman sus decisiones por votación grupal de 3 a 30 magistrados en cada caso. En la toma de decisiones colectiva cada uno de los participantes presenta su teoría del caso, la cual se discute con las demás, buscando persuadir a los otros. Se espera que este ejercicio de discusión y análisis incremente la diligencia al argumentar, para darle mayor calidad técnica al fallo.

También se quiere que los jueces se especialicen en ciertos temas de controversias (jurisdicciones) e incluso en ciertos temas de conflicto dentro de las jurisdicciones. Por ejemplo, dentro de la jurisdicción “ordinaria”, que recibe este nombre por tratar temas de conflicto entre los



Oficina de Comunicaciones y Marca- Uniandes.

Actividad 5

Para reflexionar

Lea la siguiente noticia y reflexione:

Al nivel de jueces, observamos la evolución nominal y relativa de juzgados y despachos judiciales –que incluyen todos los tribunales judiciales y altas cortes–. Los datos del CSJ [Consejo Superior de la Judicatura] muestran un número más o menos constante de juzgados y despachos entre 1995 y 2004, y desde 2005, de manera simultánea al comienzo de la implementación del Sistema Acusatorio, un aumento importante probablemente jalonado por el número de juzgados nuevos. En términos relativos, esto significa un descenso de los despachos por cada 100.000 habitantes, hasta 2005, cuando dicho indicador aumentó hasta por encima del promedio de los últimos quince años. // A nivel comparado Colombia tampoco parece salir mal librada. *Con alrededor de 9 jueces por cada 100 mil habitantes, se ubica en un nivel superior de los países de la región, cercano a España y Estados Unidos, y por encima de países o regiones de alto nivel de desarrollo como la República de Irlanda, Canadá, o Escocia e Inglaterra* (énfasis agregado)*.

No parecería haber una relación entre la percepción que tenemos sobre el “buen funcionamiento” de la justicia por país y el número de jueces por habitante de cada país.

¿Qué explicación cree que puede haber para la alta variación en el número de jueces por habitante entre países? Explique a partir de las funciones de los jueces en una sociedad, como se ha descrito en el capítulo.

* Tomado de Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal, Sandra Santa y Rodrigo Uprimny, “Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del sistema judicial”. *Dejusticia* (s.f.), 11. En línea: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf 11.

ciudadanos comunes, hay jueces civiles, comerciales, de familia, laborales y penales. Todos estos jueces trabajan resolviendo controversias entre ciudadanos, en diversas áreas que requieren conocimientos y habilidades distintas y que se someten a leyes diferentes.

Finalmente, es importante tener en cuenta que los jueces se distribuyen a lo largo de todo el territorio nacional

13 Constitución Política de Colombia (art. 239).
14 Constitución Política de Colombia (art. 240).

Recuadro 1 La Fiscalía

La Fiscalía es la entidad de la Rama Judicial encargada de investigar los crímenes. Nació con la Constitución de 1991 y se constituyó como una entidad independiente del resto de la Rama Judicial y del Estado. La Fiscalía maneja su presupuesto de forma autónoma. Está liderada por el Fiscal General de la Nación, elegido por el Congreso. Tiene oficinas en todo el país, pero su sede está en Bogotá. Las oficinas de la Fiscalía se dividen según el delito a ser investigado (por ejemplo, delitos contra la propiedad o delitos contra la vida). Los fiscales llevan las investigaciones con apoyo de equipos especializados de técnicos, conocidos como cuerpo técnico de investigación (CTI) y de médicos forenses en el Instituto de Medicina Legal. También dirige a la Policía Nacional en sus competencias como investigadora de los delitos.

La responsabilidad de la Fiscalía es investigar todos los delitos y, si encuentra pruebas, acusar a los presuntos delincuentes ante los juzgados penales. Tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los sospechosos. La Fiscalía debe asegurar la comparencia de los presuntos delincuentes al juicio, si hace falta, capturándolos. Además debe tomar las medidas necesarias para apoyar el restablecimiento de los derechos de las víctimas (por ejemplo, recuperando los objetos robados) y en general velar por la protección de víctimas, testigos y otros intervinientes en el proceso, como los expertos.

para que los ciudadanos puedan llegar fácilmente a los despachos e iniciar sus procesos. Las distribuciones geográficas coinciden en parte con las divisiones políticas del país, pero no totalmente. Las Altas Cortes (nivel 1) tienen su asiento en la capital.

Dada la importancia de los jueces para la garantía de los derechos y el derecho mismo que la Constitución establece de presentar reclamos ante los jueces, la discusión sobre la mala gestión judicial o la congestión de los juzgados debería ser de mayor importancia y la inversión en la prestación de este servicio debería ser prioritaria. Este, sin embargo, es sobre todo el punto de vista de los

ciudadanos. En la siguiente sección mostramos cómo un mayor número de jueces o un aumento significativo en la calidad de las decisiones judiciales no es necesariamente importante para otros funcionarios públicos que eventualmente serían vigilados, limitados o restringidos en sus actuaciones de manera presente o potencial por los jueces. Para estos funcionarios públicos, el aumento en la independencia judicial representa limitaciones en su propia habilidad de tomar decisiones e implementarlas sin el control de un juez.

El acceso a la justicia y la desigualdad social

Los estudios sobre el acceso a la justicia han mostrado que las personas con menos poder, en términos sociales, culturales y económicos, tienden a tener mayores niveles de resignación o a acudir menos a los tribunales¹⁵. Quienes tienen menos recursos suelen tener un menor éxito en sus procesos judiciales, ya que conocen menos el sistema y tienen menos acceso a buenos abogados¹⁶. Esta diferencia muestra que el acceso a la justicia en la práctica es a menudo un privilegio. La gravedad de esto radica en que, si no hay acceso a la justicia, los conflictos se resuelven a favor del más fuerte, sin que el Estado intervenga para defender al más débil. Así el acceso a la justicia no es solo un privilegio, implica también la restricción de uso de la fuerza del Estado. Si las personas no tienen acceso a la justicia, el Estado, que es el único que legalmente puede usar la fuerza, no puede socorrerlas. Igualmente, la distribución de recursos materiales entre los ciudadanos está profundamente afectada por la cantidad y calidad de los jueces, los procedimientos y las decisiones judiciales: quienes no tienen acceso a un juez tienen además menos posibilidad de proteger sus recursos o acceder a los recursos a los que tienen derecho, y deben resignarse¹⁷.

La desigualdad en el éxito ante la justicia refleja las reglas de organización del sistema, lo cual hace que, incluso cuando se accede a la justicia, no se logre subvertir la desigualdad: por ejemplo, el sistema plantea que los

15 Rebecca Sandefur, "Acces to Justice and Race, Class, and Gender Inequality". *Annual Review of Sociology* (2008).

16 Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". *Law & Society Review*, 9 (1) (1974): 95-160. Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn).

17 Sandefur, "Acces to Justice and Race...".

particulares deben costear sus propios abogados, y las personas de escasos recursos no lo pueden hacer con facilidad o no pueden pagar abogados especializados¹⁸. Esto reafirma la exclusión de las personas sin recursos, en cuanto no logran hacer prevalecer los derechos que se consagran en su nombre y/o no logran llevar sus conflictos ante las autoridades y se hacen vulnerables a la persecución policial, por resolver estos conflictos por sus propios medios, incluso cometiendo delitos¹⁹. También cuando estos excluidos o marginales, entre ellos las mujeres, los afrodescendientes, los pueblos ancestrales, acuden a la justicia usando las estrategias de los poderosos, difícilmente consiguen una respuesta conducente a una mayor igualdad en la distribución de los recursos, ya que, así como no han tenido acceso a la justicia, históricamente tampoco han tenido la posibilidad de hacer las normas. Esto perpetúa el efecto negativo de la mala distribución de los mismos y, por ende, y de manera circular, del acceso a la justicia²⁰.

Teniendo en mente el problema de la desigualdad, se vuelven especialmente relevantes ciertos aspectos del acceso a la justicia. En primer lugar, es importante que haya suficientes jueces para atender a todas las personas que deseen acudir a la Rama Judicial, es decir, que la “oferta sea

suficiente”, como lo señala la Corte Constitucional colombiana. En segundo lugar, es imperante que las personas puedan asumir los costos de acudir ante estos jueces. Si no se hace así, la desigualdad social repercute en un menor acceso a la justicia para las personas de menores recursos.

Para entender esta relación entre acceso a la justicia y desigualdad social algunos investigadores han propuesto hacer explícitos los costos de cada etapa del proceso judicial (elementos procesales). Así, Barendrecht, Verdonshot y Van Zeeland²¹ sugieren un índice de costos y calidad en el acceso a la justicia. En el Recuadro 2 se reproducen los costos, que no son solo los monetarios (gastos del proceso), sino también los costos de oportunidad (poder hacer otras cosas en lugar de litigar) y emocionales.

En las tres últimas décadas se han adelantado muchos esfuerzos por mejorar el desempeño de la Rama Judicial en Colombia y los demás países de América Latina²². En general, estos esfuerzos invocan la desigualdad social como uno de los factores que impide un adecuado funcionamiento de las instituciones, pero al mismo tiempo nos convocan a buscar mejoras significativas de la Rama Judicial. Lamentablemente, los resultados han sido por lo general desoladores (otros son un poco más positivos: Decker, Mohlen y Varela²³): la desigualdad económica ha

Recuadro 2
Costos del acceso a la justicia

Categoría	Definición
Costos monetarios	Incluyen todos los gastos en los que debe incurrir un demandante: gastos en abogados, expertos, traductores, notarios, viajes, comunicaciones, fotocopias, usos de bases de datos, entre otras.
Costos de oportunidad	Incluye todo lo que se dejó de percibir por no haber obtenido lo perseguido en el proceso y tener que acudir a él.
Costos emocionales y estrés	Incluyen tres tipos de costos: costos relacionados con estrés, daño a la vida en relación y emociones negativas tales como frustración, rabia, humillación, desilusión y desesperanza.

Fuente: Elaboración propia a partir de Barendrecht, Verdonshot y Van Zeeland, *A Handbook for Measuring the Costs*, 30-39.

18 Galanter, “Why the ‘Haves’ Come out Ahead...”
19 Galanter, “Why the ‘Haves’ Come out Ahead...”
20 Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, Cortes y medios. La reforma judicial del aborto en Colombia* (Bogotá: Uniandes, 2008); Galanter, “Why the ‘Haves’ Come out Ahead...”; Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (University of Chicago, 1991).

21 Maurits Barendrecht, Jin Ho Verdonshot y Corry van Zeeland. *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice* (Apeldoorn: Maklu-Publishers, 2009).
22 Klaus Decker, Christian Möhlen y David Varela, *Mejorando el desempeño de las instituciones de la justicia* (Washington: BID, 2011).
23 Decker, Mohlen y Varela, *Mejorando el desempeño*.

Actividad 6
Para reflexionar

Analice la Tabla 3 y las Gráficas 1 y 2.
¿Qué conclusiones infiere de ellas sobre
el funcionamiento de la justicia en Colombia?

crecido, la percepción ciudadana sobre la justicia no es buena, si se la compara con otros países, y la congestión judicial sigue siendo la regla, en lugar de la excepción. Los datos de la Tabla 3 y de las Gráficas 1 y 2 ilustran parcialmente estos argumentos.

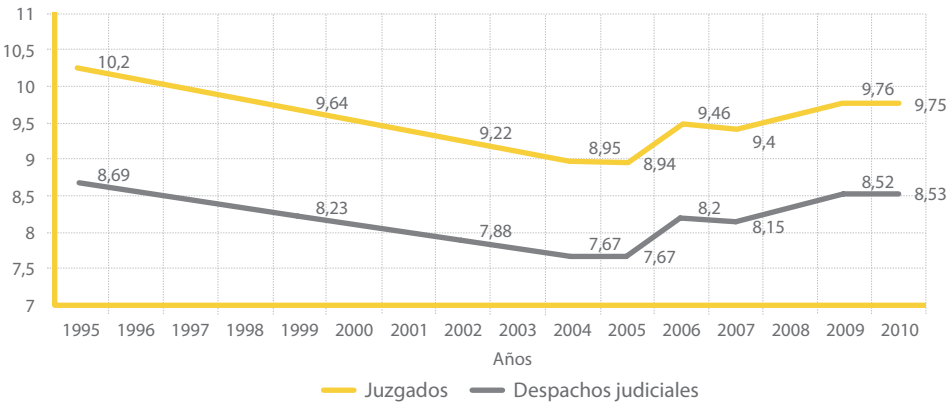
Tabla 3
Desigualdad en Colombia
medida con el índice Gini*

Año	1988	1991	1996	2002	2006	2010
Índice	53,1	51,3	56,9	60,7	58,7	55,9

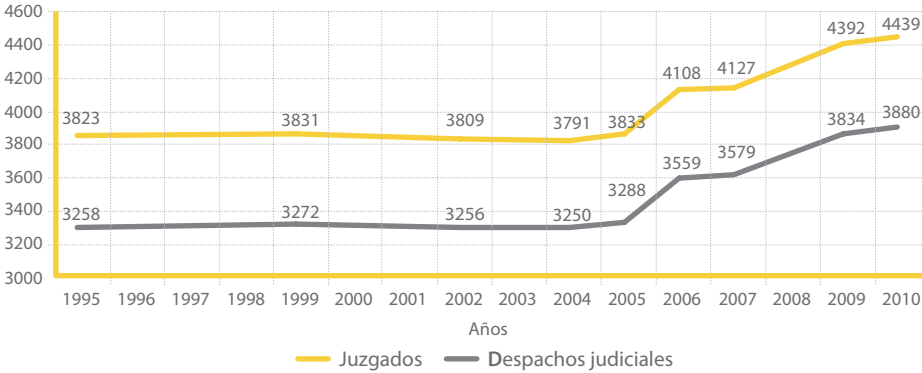
Fuente: Gini Index World Bank: <http://data.worldbank.org/indicador/SI.POV.GINI?page=5>

* Siendo 0 la igualdad perfecta y 100 la desigualdad perfecta. “El índice Gini mide hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. El índice de Gini mide la superficie entre la curva de Lorenz y una línea hipotética de equidad absoluta, expresada como porcentaje de la superficie máxima debajo de la línea. Así, un índice de Gini de 0 representa una equidad perfecta, mientras que un índice de 100 representa una inequidad perfecta.” Índice de Gini, Banco Mundial. En línea: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>

Gráfica 1 Juzgados y despachos por 100.000 habitantes



Gráfica 2 Número de juzgados y despachos



Fuente: La Rota, Bernal, Santa y Uprimny. *Autonomía presupuestal responsable y transparente*.

Más jueces, más poder para la Rama Judicial: por qué no todos queremos que haya más jueces

Al corroborar que hay una alta desigualdad y un bajo número de jueces, podríamos pensar que los recursos invertidos no han sido suficientes o que se han destinado a financiar gastos distintos a los que se consideran importantes para mejorar el acceso a la justicia²⁴. Sin embargo, este aparte intenta llevar el análisis más allá: no solo se trata de que hay pocos jueces, sino que esto es así porque existen intereses políticos en que se mantenga la congestión de la Rama Judicial.

En efecto, la retórica del acceso a la justicia y de la reforma a la justicia ha sido insistente en señalar que es algo “natural” a los seres humanos querer justicia y que es malo que no haya suficientes jueces. Lo que es menos evidente en esta discusión es que los jueces tienen poder; al fin y al cabo son parte de una rama del poder público. Este poder se materializa tanto en su capacidad para juzgar a otros funcionarios por sus actos como en sus decisiones sobre cómo aplicar lo que ha dicho el Congreso en las leyes y los funcionarios de la Rama Ejecutiva en sus decretos y resoluciones. A muchas personas no les conviene que los jueces ejerzan su poder. Por ejemplo, para un funcionario corrupto puede ser mejor que su proceso se demore varios años, porque esto le permite seguir ganando su salario y tomar decisiones; para la Rama Ejecutiva puede ser útil que la Corte Constitucional se tome un año en declarar inconstitucional un impuesto que se va a cobrar una sola vez; para el ciudadano moroso puede ser útil que el banco se demore en cobrar. Sin embargo, esta demora afecta a los ciudadanos que requieren una intervención rápida

del sistema judicial para resolver sus disputas, si bien no perjudica a quienes, por el contrario, prefieren que la justicia sea demorada, como los que tienen deudas que no piensan pagar. En este sentido, pensar la justicia es pensar en el delicado equilibrio entre las ramas del poder público y en las relaciones de los particulares entre sí y con el Estado. Más que un asunto meramente técnico, aunque

Recuadro 3 Reforma a la Justicia: todos quedaron mal

El texto de la reforma, aprobado el miércoles 20 de junio, luego de dos años de discusión, tiene problemas graves. Por un lado, blindo a los congresistas –los mismos que han protagonizado sonados escándalos como el de la parapolítica– y, por el otro, neutraliza a los magistrados con gabelas como el aumento de su periodo de ocho a 12 años.

La reforma, por ejemplo, borra de un tajo la Comisión de Investigación de la Corte Suprema, que había sido clave en el desarrollo de los procesos de la parapolítica. Deja en el limbo 1.300 investigaciones de altos funcionarios en casos de tanta resonancia como el de las chuzadas del DAS, Agro Ingreso Seguro y la Yidispolítica. Y los que estén presos de estos podrían quedar libres. Casi 40 congresistas que están pendientes de la pérdida de investidura se están frotando las manos porque sus investigaciones pueden quedar en el aire ante la nueva normatividad en materia de inhabilidades. Por su parte, los magistrados que estaban siendo investigados por el carrusel de las pensiones también se dan por bien servidos porque la reforma le quitó a la aguerrida contralora Sandra Morelli sus expedientes y los dejó en la inoperante Comisión de Acusación. En resumen, lo que salió del Congreso de la República más parece un monumento a la impunidad que un intento de mejorar la Justicia.

Y como si esto fuera poco, los congresistas dejaron un vacío de poder en la gerencia de la Rama Judicial, pues mientras la reforma elimina la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no deja nada en su reemplazo mientras se constituye un nuevo ente. Por esa razón, durante esa transición no habría ni siquiera

Actividad 7 Para investigar

Busque en las noticias un ejemplo de conflicto entre jueces y miembros de otras ramas del poder. Basado en eso, explique cómo funciona la separación de poderes en las tres ramas mirando las funciones que la Constitución le asigna a cada rama, y sugiera la causa del conflicto.

24 Decker, Mohlen y Varela, *Mejorando el desempeño*.

también lo es, es una apuesta por determinar quiénes ganan y quiénes pierden en cada sociedad.

Frecuentemente escuchamos en las noticias historias sobre los conflictos de los magistrados de las Altas Cortes: entre sí, con los congresistas, con el presidente de la república o con algunos ministros. Esto se debe a que el diseño del aparato de justicia, entendido como el número

de jueces y sus jerarquías, tiene un impacto que va más allá de la solución de controversias entre ciudadanos. En un nivel macro, el aparato de justicia también tiene un impacto en la manera en la que se distribuye el poder en la sociedad, no solo poder entre quienes tienen recursos y quienes no los tienen, sino poder entre las diferentes instituciones del Estado.

quién responda por el cambio de un juez o el nombramiento de un magistrado en una seccional. ¿Cómo fue posible que semejante Frankenstein haya podido convertirse en reforma constitucional?

Tal vez nunca antes en el país se había sentido tanta indignación ante la aprobación de un acto legislativo. El presidente del Consejo de Estado, Gustavo Gómez, la calificó de “déspota y autoritaria”; la exfiscal Viviane Morales la tildó de “cinismo institucional e improvisación irresponsable”; Gloria María Borrero, de la Corporación Excelencia en la Justicia, exclamó: “¡Qué tristeza y qué desolación! Se alertó al gobierno sobre el trámite de todo el proyecto y no fuimos oídos”. *El Espectador* tituló “¡Qué vergüenza!” y Julio Sánchez, en La W, quien ha sido el jefe de oposición a la misma, incluso le pidió la renuncia a Simón Gaviria cuando este reconoció no haber leído el texto final. Al mismo tiempo, aparecieron o tomaron vuelo grupos de ciudadanos que piden la revocatoria a través de un referendo con recolección de firmas. El rechazo tomó por momentos visos de movimiento de indignados.

El presidente Juan Manuel Santos, al filo de la medianoche del jueves, salió a tratar de atajar la bola de nieve con un pronunciamiento sin antecedentes en el país: “devolvió” al Congreso el Acto Legislativo invocando

razones de “inconstitucionalidad y de inconveniencia”. De esa manera, la reforma quedó en *stand by*. Todavía no es claro cuál va a ser el desenlace de esta crisis, pero por ahora la “objeción” del presidente sirve como tapón debajo de la llanta para evitar que el carro de la Justicia se vaya por el barranco.

La chispa que hizo volar en pedazos la reforma fue el texto que resultó de la conciliación entre el Senado y la Cámara. No solo por un “orangután” que introdujeron en ella en esta etapa, sino por la manera poco transparente como se dio el acuerdo entre los 12 congresistas encargados de conciliar. Por momentos, esa conciliación hizo recordar la bochornosa noche en que a los trancazos pasó la reforma constitucional que permitía la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe [...].

El “mico” consiste en que a la nueva sala que se creó en la Corte Suprema para investigar y juzgar a los congresistas en la conciliación le agregaron la responsabilidad de investigar y juzgar también a gobernadores, embajadores, ministros y generales. En otras palabras, a esta nueva sala de seis magistrados –tres investigan y tres juzgan– le caerían, de una vez, cerca de 3.000 casos: los 1.300 casos que le trasladaría la Fiscalía, una cifra similar provendría de la Comisión de Acusación y cerca de un centenar de la Sala Penal de la Corte. ¿Qué sentido tiene dejar las investigaciones de tres entidades con músculo propio en cabeza de apenas tres magistrados, que todavía no han sido nombrados? La comisión de conciliación, además, volvió a revivir muchos de los errores graves que se habían corregido en el último debate, en la plenaria de la Cámara, y borró de un plumazo artículos transitorios que evitaban traumatismo en las instituciones*.

* *Semana*, “Reforma a la Justicia: todos quedaron mal”. Nación, 23-6-2012.



© Publicación: *Semana* S. A. - Daniel Reina Romero.

Caso de análisis: la fallida Reforma a la Justicia del año 2012

Un caso que permite reflexionar sobre los diferentes intereses en juego en el diseño de la Rama Judicial es la fallida Reforma a la Justicia del año 2012. Podemos identificar por lo menos dos grupos de intereses en tensión: el de los ciudadanos por tener más y mejores jueces y el de los funcionarios públicos por tener menos control efectivo de sus actuaciones. El caso consta de tres partes: 1) la manera como la prensa lo cubrió; 2) la descripción de las motivaciones, donde resalta la preocupación por los intereses de los ciudadanos en la justicia; 3) una descripción de la reforma aprobada.

Las motivaciones de la reforma según sus autores

En agosto de 2011, el ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, presentó un proyecto de reforma constitucional ante el Senado. Este proyecto se identificó como Acto Legislativo 07 de 2011 por el Senado y fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 566 de 2011. El documento explica que el proyecto fue anunciado por el

Actividad 8 Para investigar

1. Usando un buscador de Internet y las páginas web de los principales periódicos, intente buscar una opinión favorable a la Reforma a la Justicia de 2012, una defensa del ministro Juan Carlos Esguerra o una defensa de la actuación de los principales congresistas involucrados en este caso. Explique a sus compañeros el contenido de la noticia y sus impresiones sobre si fue fácil o difícil conseguir la noticia.
2. Vea también: a) "Cámara y Senado hundieron la reforma de la justicia"^{*} b) "Uno de los 'micos' de la reforma fue anunciado públicamente en el Senado"^{**}; c) "Escándalo de la reforma tumbó al ministro de Justicia"^{***}.

^{*} *El Tiempo*, "Cámara y Senado hundieron la reforma de la justicia". Redacción Política, 28-6-2012. En línea.

^{**} *El Tiempo*, "Uno de los 'micos' de la reforma fue anunciado públicamente en el Senado". Redacción Justicia, 26-6-2012. En línea.

^{***} *El Colombiano*, "Escándalo de la reforma tumbó al ministro de Justicia" 23-6-2012. En línea.



Foto Andrés Monroy Gómez

Jueces y magistrados terciaron en la discusión sobre la reforma.

presidente Juan Manuel Santos al posesionarse en agosto de 2010, pero fue extensamente consultado a los principales actores de la Rama Judicial, incluyendo magistrados de Altas Cortes, además de congresistas, decanos de facultades de derecho, presidentes de agremiaciones, etc.²⁵. En la extensa justificación de la reforma, que incluye argumentos de derecho comparado, constitucionales y de política pública, el ministro enfatiza en repetidas ocasiones que este proyecto se inspira e intenta resolver el problema de acceso a la justicia que existe en Colombia. De acuerdo con este documento, este problema se define de tres maneras: demora o morosidad en la solución de controversias, falta de seguridad jurídica y falta de profesionalización de la carrera judicial.

El ministro Vargas Lleras se refiere en general a la importancia del acceso a la justicia para la garantía de los derechos y la paz ciudadana, de esta manera: "La necesidad de la justicia es innata al ser humano y es obligación del Estado hacer efectivo el derecho a la justicia que tienen todas las personas que hacen parte de la sociedad"²⁶. En particular, habla de la siguiente manera del problema de morosidad: "La ciudadanía reclama procesos ágiles y acceso al servicio público, mediante un proceso judicial de

25 Congreso de la República, "Exposición de motivos", en *Proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011 Senado (Gaceta del Congreso 566 de 2011)*: 12-13.

26 Congreso, "Exposición de motivos", 11.

duración razonable. En todas sus manifestaciones, hoy la justicia colombiana se caracteriza por su morosidad y por haberse convertido en un nuevo factor de exclusión social, amén de la impunidad que se presenta en ciertas causas²⁷.

El problema de la falta de seguridad jurídica se debe a que los fallos de los jueces pueden ser cambiados por otros jueces a través de la acción de tutela. Al respecto dijo:

La falta de una exhaustiva reglamentación en materia de tutela ha dado lugar a distintas dudas y discusiones sobre la institución, generando varias críticas e inseguridades de orden procesal y sustancial sobre la tutela. Algunas de esas críticas son más válidas y sostenibles que otras, pero todas ellas, sin lugar a dudas, pregonan la necesidad de contar con un mayor desarrollo normativo, que plantee soluciones prácticas a los distintos problemas, de cara a los vacíos que presenta nuestro ordenamiento jurídico sobre el particular y que recoja, en buena medida, los abundantes y valiosos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales. Adicionalmente, una reforma y reglamentación de la institución en los términos señalados, contribuye sustancialmente a la consecución y mantenimiento de la seguridad jurídica en acciones constitucionales que, por su materia de protección, reviste una superior importancia²⁸.

Finalmente, sobre la falta de profesionalización de la Rama Judicial, la exposición de motivos señaló lo siguiente:

Uno de los objetivos fundamentales de este Proyecto de Acto Legislativo lo representa la consecución efectiva de una mayor independencia entre los poderes públicos y, principalmente, el ejercicio de las funciones judiciales de manera prolija y orientadas hacia el exclusivo fin de administrar justicia, sin desviación alguna de tal camino. Para lograr lo anterior, son numerosas y variadas las propuestas de reformas a la Constitución Nacional que se establecen, entre las cuales se encuentra el otorgamiento de una mayor fuerza vinculante a aquella con la que actualmente cuenta la jurisprudencia, hecho este que además de tener implicaciones en el sistema de fuentes del derecho, conlleva mayores responsabilidades para los Jueces y, en especial, para los Magistrados de las Altas Cortes, cuyas decisiones constituirán referentes de gran importancia en el desarrollo jurídico. La reforma se ocupa no sólo de la

Actividad 9

Para discutir

¿Cree que los argumentos que presentó el exministro del Interior Vargas Lleras se relacionan con el problema de “acceso a la justicia de todos los ciudadanos”?, ¿de qué manera?

importancia que presentan en nuestro ordenamiento jurídico las providencias judiciales que se encuentren investidas de las particularidades expresadas previamente, sino además de la conformación orgánica de los cuerpos judiciales superiores u órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, para que la misma sea acorde a las perspectivas y finalidades perseguidas con la pretendida enmienda constitucional²⁹.

Así mismo, señaló que requiere mejorarse la gestión de la Rama Judicial, por lo que propone crear un nuevo órgano llamado el Consejo Superior Judicial:

Tal propuesta responde a la necesidad de dotar a la Rama Judicial de una organización eficiente en su administración, para lo cual se propone la creación del órgano denominado Consejo Superior Judicial, el cual asumirá, dentro de una estructura moderna y eficiente, parte de las funciones que ha venido ejerciendo al Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, como un verdadero órgano de gestión y administración, que garantice la independencia de la Rama Judicial, se ocupe de la formulación de políticas, planificación, regulación, implementación y control de las mismas, así como de administrar la Rama bajo criterios gerenciales y administrativos³⁰.

El contenido de la reforma que fue aprobada

La reforma que fue aprobada por el Congreso de la República incluía 28 artículos que pueden agruparse en tres núcleos básicos: 1) descongestión; 2) juzgamiento de altos funcionarios; 3) enfrentamientos entre la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Solamente un artículo, el primero, se refiere al asunto de la descongestión de manera directa,

27 Congreso, “Exposición de motivos”, 10.

28 Congreso, “Exposición de motivos”, 28.

29 Congreso, “Exposición de motivos”, 132.

30 Congreso, “Exposición de motivos”, 132.

adoptando cuatro medidas. En primer lugar, el artículo indica que podrán asignarse funciones jurisdiccionales, de manera temporal o definitiva, a empleados judiciales, funcionarios administrativos y particulares. En segundo lugar, este artículo afirma que los centros de conciliación y de arbitraje, así como las notarías, podrán tener funciones judiciales. En tercer lugar, señala que podrán cobrarse los costos de estos empleados judiciales, funcionarios administrativos y particulares a las partes. En cuarto lugar, establece la obligación para el Estado de crear al menos un juzgado en cada uno de los municipios del país.

En materia de altos funcionarios, la reforma del 2012 previó un cambio en el juicio que lleva a cabo el Congreso, señalando que este sería político y que solamente podría conllevar la destitución y suspensión de derechos políticos (art. 5). Por otra parte, redujo las causales de pérdida de investidura para los congresistas, estipuló que la intención del congresista debía tenerse en consideración e impuso plazos para la toma de decisión (arts. 6 y 7).

En relación con las Altas Cortes, el proyecto aumentaba los requisitos para ser magistrado, ordenaba un equilibrio entre abogados con carrera judicial, litigantes y académicos, aumentaba de 8 a 12 años sus períodos, aumentaba la edad de retiro de 65 años a 70 años y establecía inhabilidades para ejercer otros cargos dentro del Estado por todo un año después de la renuncia o terminación del período.

Lo más importante a este respecto, sin embargo, era la creación de una sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia para atender los procesos de investigación y juzgamiento de funcionarios públicos. Esta sala iba a contar con seis nuevos magistrados elegidos por la Corte Constitucional para períodos de ocho años, a partir de ternas enviadas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y por la Presidencia de la República (art. 16).

Consideraciones finales

En conclusión, pensar la justicia desde el punto de vista de la Constitución implica considerarla como un derecho, como un mecanismo de garantía de derechos y como un conjunto de funcionarios públicos organizados que tienen el poder del texto para limitar el trabajo y la influencia de otros funcionarios públicos. En cuanto derecho, el acceso a la justicia supone el poder de los ciudadanos de

presentar reclamos ante la administración de justicia, de ser tratados con igualdad por los jueces y de que los reclamos sean debidamente tramitados para llegar a las mejores respuestas posibles. De otra parte, acudir a la justicia es la forma suficiente y necesaria para obtener la protección de los derechos en la democracia. Esto implica que los ciudadanos pueden conseguir la defensa de sus derechos presentando demandas, pero también que no pueden hacerlo de otro modo porque han renunciado al uso de la fuerza y la violencia. Finalmente, para pensar en la justicia hay que considerar los jueces como funcionarios que definen el uso de la violencia usando los textos normativos y que pueden premiar o sancionar a otros funcionarios a través de nombramientos y remociones.

Actividad 10

Para reflexionar

1. Los motivos propuestos por los autores de la reforma parecen bastante distantes de las reglas que finalmente fueron aprobadas por los congresistas. ¿Por qué cree que pasó esto?, ¿cree que la reforma resultante puede ser justificada en términos del acceso a la justicia de los ciudadanos?, ¿por qué?
2. Los medios parecen bastante duros en su apreciación de lo que ocurrió con la reforma a la justicia.
3. ¿Está usted de acuerdo con esta percepción?, ¿cree que lo mejor fue “hundir” la reforma?

Glosario

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

Consejo de Estado. Órgano principal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se ocupa principalmente de todos los asuntos administrativos que conciernen al Estado y sus funcionarios, del control de constitucionalidad de algunas normas (administrativas) y de resolver las acciones de nulidad contra actos de la administración. Ejerce sus funciones por medio de tres salas, integradas así: Plena, por todos sus miembros; de lo Contencioso-Administrativo, por veintisiete (27) consejeros; de Consulta y Servicio Civil, por los cuatro (4) consejeros restantes. Concordancia: Constitución Política (art. 237, num. 1) y Ley 270 de 1996 (art. 34).

Consejo Superior de la Judicatura. Le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley. Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, se divide en dos salas: 1) Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años así: uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado; y 2) Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional, de ternas enviadas por el Gobierno. Concordancia: Ley 270 de 1996, por la cual se expide la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (arts. 75 y 76).

Corte Constitucional. Máxima instancia judicial, a la que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Se encarga de estudiar la constitucionalidad de las leyes, de revisar las acciones de tutela que se deciden en todo el país y en general de proteger que las normas se ajusten a la Constitución. Como en Colombia existe un control de constitucionalidad difuso, muchas de estas funciones las comparte con otras cortes, pero es ella la instancia principal y el organismo de cierre de la jurisdicción constitucional. Concordancia: Constitución Política (art. 241).

Corte Suprema de Justicia. “... es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y está integrada por veintitrés (23) magistrados, elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años”. Concordancia: Ley 270 de 1996, por la cual se expide la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (art. 15).

Justicia. “Desde tempranos fallos, la Sala acogió un concepto de justicia ampliamente difundido, de acuerdo con el cual debe darse un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales”. Sentencia T-340 de 2010. Concordancia: Para ampliar este concepto, pueden verse las Sentencias C-345 de 1993, C-058 de 1994, C-094 de 1993 y T-152 de 2007.

Material de apoyo

Películas

- *El proceso* (Orson Welles, 1962). Versión cinematográfica de la novela del mismo nombre de Franz Kafka. Un hombre se levanta un día desconociendo que le espera una acusación secreta, un proceso infinito y una serie de encuentros con la justicia que desembocarán en un inesperado final.
- *El juicio de Nuremberg* (Stanley Kramer, 1961). Se centra en el trabajo que debe realizar un juez para determinar la culpabilidad de los acusados de esterilización y pena de muerte bajo el régimen nazi.
- *Doce hombres sin piedad* (Sidney Lumet, 1957). Doce jurados deben decidir si un joven culpado por la muerte de su padre es o no responsable. Once de ellos consideran al muchacho como culpable, mientras que uno de ellos insiste en que es inocente.
- *Hannah Arendt* (Margarethe von Trotta, 2012). Se ocupa de narrar el encargo de la revista *The New Yorker* a la filósofa Hannah Arendt para cubrir en Jerusalén el juicio a Adolf Eichmann, responsable de administrar la llamada Solución Final nazi.

Libros

- *El túnel* (Ernesto Sábato, 1948). Historia de cómo Juan Pablo Castell decide asesinar a María Iribarne.
- *El extranjero* (Albert Camus, 1942). Meursault, a quien se le imputa un homicidio, en ningún momento considera que sea injusto que se lo considere culpable, a pesar de ser inocente. Las pruebas no las debate y se presenta como un ser frío e indiferente en el proceso.
- *El coronel no tiene quien le escriba* (Gabriel García Márquez, 1961). Un veterano de las guerras civiles espera su pensión, y aunque tiene constancia de sus servicios, las autoridades no le colaboran, a pesar de su situación de indefensión y ancianidad.

Referencias bibliográficas

- Anderson, Benedict. *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. Nueva York: Verso, 1991.
- Banco Mundial. Índice de Gini. En línea: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>
- Barendrecht, Maurits; Jin Ho Verdonshot y Corry van Zeeland. *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice*. Apeldoorn: Maklu-Publishers, 2009.
- Baum, Lawrence. *The puzzle of judicial behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.
- Bergara, Mario; Barak Richman y Pablo Spiller. "Modelling Supreme Court Behavior: the congressional constraint". *Legislative Studies Quarterly* (2003): 247-280.
- Botero, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Boucher, Robert y Jeffrey Segal. "Supreme Court Justices as strategic decision makers: aggressive grants and defensive denials on Vinson Court". *Journal of Politics* (1995): 824-937.
- Cameron, Charles M.; Jeffrey Segal y Donald Songer. "Strategic acting in a political hierarchy: An informational model of the Supreme Court's certiorari decisions". *American Political Science Review* (2000): 101-116.
- Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Derecho*, Perú: Ara Editores, 2006.
- Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1997.
- _____. "Ex-magistrado analiza alcances de los 'micos' en la reforma judicial". *El Tiempo*, 26-6-2012.
- Coke, Edward. *Institutes of the Law of England*. Londres, 1628-1644.
- Congreso de la República. *Proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011 Senado*. 4 de agosto de 2011. En línea: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=07&p_consec=29696
- Cousso, Javier. "The politics of judicial review in Chile in the era of domestic transition, 1990-2002". En Siri Golpen, Roberto Gargarella y Elin Skaar, *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. Londres: Frank Cass, 2004.
- Decker, Klaus; Christian Möhlen y David Varela, *Mejorando el Desempeño de las Instituciones de la Justicia*, Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011.
- Dodson, Michael y Donald W. Jackson. "Judicial independence and instability in Central America". En P. Russel y D. O'Brien, *Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical perspectives from around the world*. Charlottesville - Londres: University of Virginia Press, 2001.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia* Barcelona: Gedisa, 2012 [1986].
- El Colombiano*. "Escándalo de la reforma tumbó al ministro de Justicia". 23-6-2012. En línea: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/escandalo_de_la_reforma_tumbo_al_ministro_de_justicia/escandalo_de_la_reforma_tumbo_al_ministro_de_justicia.asp
- El Espectador*. "Santos devolverá Reforma a la Justicia al Congreso". *Elespectador.com*. 21 de-6-2012.
- El Tiempo*. "Cámara y Senado hundieron la reforma de la justicia". Redacción Política, 28-6-2012. En línea: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11979572.html
- _____. "Uno de los 'micos' de la reforma fue anunciado públicamente en el Senado". Redacción Justicia, 26-6-2012. En línea: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11975261.html
- Epp, Charles. "External Pressure and the Supreme Court's Agenda". En C. Clayton y H. Gillman, *Supreme Court Decision-making. New institutionalist approaches*. University of Chicago Press, 1999.
- Galanter, Marc. "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". *Law & Society Review*, 9 (1) (1974): 95-160. Litigation and Dispute Processing: Part One (Autumn).
- Grant, Hayden y Stephen Ellis. "Law and economics after bahavioral economics". *University of Kansas Law Review* (2006-2007): 629-675.

Hale, Matthew. *History and Analysis of the Common Laws of England*. Londres, 1713.

Hart, Herbert L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992 [1961].

Helmke, Gretchen. "The logic of strategic defection: Court-Executive relations in Argentina under dictatorship and democracy". *American Political Science Review* (2002): 291-303.

Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. Barcelona: Altaya, 1994 [1651].

Jaramillo, Isabel Cristina "The Social Approach to Family Law: the case of the canonical treatises of Latin America". *American Comparative Law Journal*, 2010.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Antonio Barreto Rozo. "El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención a las insistencias". *Colombia Internacional* (2010), 53-86.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma Judicial del Aborto en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008.

Kapiszewski, Diana y Matthew Taylor. "Doing Courts Justice? Studying judicial politics in Latin America". *Perspectives on Politics* (2008): 741-767.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. 2 ed. E. G. Maynez (trad.). México: UNAM, 1988 [1945].

Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge University Press, 1997.

Krol, John y Saul Brenner. "Strategies in certiorari voting on the United States Supreme Court: A Revaluation". *Western Political Quarterly* (1990): 335-342.

La Rota, Miguel Emilio; Carolina Bernal, Sandra Santa y Rodrigo Uprimny (s.f.). "Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del sistema judicial". *Dejusticia*, p. 11. En línea: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf

Locke, John. *Segundo ensayo sobre el gobierno civil: un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil*. C. Piña (trad.). Buenos Aires: Losada, 2002 [1690].

Maru, Vivek. "Access to Justice and Legal Empowerment: A Review of World Bank Practice". *Justice and Development Bank Series* (september 2009).

Perry, H. W. Jr. *Deciding to Decide: Agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge University Press, 1991.

Presidencia de la República de Colombia. "Objeciones presidenciales elevadas al proyecto de Acto Legislativo número 143 de 2011 Cámara, 07 de 2011 Senado [...] 'por medio del cual se reforman artículos de la constitución política con relación a la administración de justicia y se dictan otras disposiciones'". Junio de 2012.

Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* University of Chicago Press, 1991.

Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social o principios de derecho político*. M. J. Villaverde (trad.). Madrid: Tecnos, 2007 [1762].

Sandefur, Rebecca. "Acces to Justice and Race, Class, and Gender Inequality". *Annual Review of Sociology*, 2008.

Semana. "Reforma a la Justicia: todos quedaron mal". *Nación*, 23-6-2012.

The World Bank - International Finance Corporation. *Economy Profile: Colombia*. The International Bank for Reconstruction and Development, Washington, 2012.

Ulmer, Sidney. "The decision to grant certiorari as indicator to decide 'on the merits'". *Polity* (1972): 429-447.

Uprimny, Rodrigo. "La objeción presidencial a la reforma a la justicia". *La Silla Vacía*, 26-6-2012.

Weber, Max. "La política como vocación". En *El político y el científico*. Madrid: Alianza, 2005.

La participación ciudadana y el sistema de representación democrática

Christian Uribe Mendoza, Mónica Pachón Buitrago, Laura Wills-Otero

voto *Participación*
Democracia *ciudadana*
elecciones derechos políticos



Objetivos de aprendizaje

- Reconocer el derecho al voto como la principal forma de participación ciudadana consagrada en la Constitución Política de 1991.
- Comprender la relación entre la participación ciudadana y el funcionamiento del sistema político.
- Comprender la configuración del sistema electoral colombiano y sus implicaciones sobre el comportamiento de los actores y el funcionamiento del sistema político en general.
- Conocer las principales características de los mecanismos de participación ciudadana en los regímenes democráticos.
- Identificar las tensiones que se presentan entre la democracia representativa y la democracia directa, llevada a cabo a través de los mecanismos de participación ciudadana.



Guía de estudio

Este capítulo presenta una síntesis de los principales mecanismos constitucionales para la participación ciudadana, la cual se define –de modo general– como el derecho que tienen todas las personas a incidir en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos políticos, económicos, administrativos y culturales del país. En las democracias representativas, los ciudadanos delegan en candidatos y partidos políticos la responsabilidad de tomar decisiones que velen por sus intereses, controlando la ejecución de los recursos públicos e, idealmente, buscando que las políticas guarden criterios de eficacia y eficiencia. Sin embargo, la participación no se limita a la elección de representantes, sino que establece posibilidades de acción directa que no requieren mediación y que buscan cuestionar, revocar, cambiar reglas o líderes que no gozan de la confianza de la ciudadanía en un determinado territorio.

En Colombia, como en la mayoría de las democracias del mundo, el voto es el principal mecanismo en manos de los ciudadanos para expresar sus preferencias políticas. No obstante, la Constitución Política de 1991 señala además que la ciudadanía puede ejercer su derecho a la participación democrática a través de mecanismos directos como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato, entre otros. Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis del presente capítulo se desarrolla a partir de los siguientes interrogantes: ¿cómo se ejerce el derecho al voto?, ¿cuál es su relación con el funcionamiento del sistema de representación democrática?, ¿cuáles son los diferentes mecanismos con que cuenta la ciudadanía para incidir directamente en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos públicos?

Introducción

La representación democrática¹ es una forma específica de relación social que se establece cuando la ciudadanía (el principal) elige por medio del voto a un candidato o partido (el agente) para que represente sus intereses y demandas en los diferentes cargos de elección popular dentro de un régimen democrático. Por consiguiente, las elecciones son el principal mecanismo mediante el cual se produce y reproduce dicha relación².

Sin embargo, “las elecciones [per se] no garantizan que los representantes elegidos representen bien a sus electores”³. Es cierto que las elecciones incentivan la rendición de cuentas electoral, en la medida en que permiten que la ciudadanía castigue o recompense con su voto el desempeño de sus agentes de representación (políticos, partidos, asambleas, etc.) cuando estos se postulan nuevamente a algún cargo de elección popular. Sin embargo, siguen existiendo problemas como la enorme brecha de información entre votantes y políticos, la relativa poca frecuencia con que se llevan a cabo los comicios electorales, entre otros. Estos problemas dificultan la vigilancia de



1 Para profundizar sobre el tema, véase el capítulo 2, “El rompecabezas de la democracia: fichas y modelos para armar”, por Antonio Barreto Rozo.

2 Scott Mainwaring, Ana María Bejarano y Eduardo Pizarro (eds.), *The Crisis of Democratic Representation in the Andes* (Stanford University Press, 2006).

3 Mainwaring, Bejarano y Pizarro, *The Crisis of Democratic Representation*, 44.

los representantes para garantizar que aquellos lleven a cabo su gestión conforme a las preferencias de sus electores y de la ciudadanía en general.

Por lo anterior, algunos regímenes democráticos han incorporado dentro de sus textos constitucionales un conjunto de mecanismos de democracia directa como el referendo, la revocatoria de mandato, entre otros, que permiten a la ciudadanía participar de manera continua y sin intermediarios en el ejercicio del poder político. Cabe señalar que estos mecanismos de democracia directa pueden mejorar la calidad de la relación de representación democrática, en la medida en que sirven como un válvula de seguridad intermitente en contra del comportamiento irresponsable de algunos representantes políticos⁴.

Recuadro 1 CongresoVisible

CongresoVisible (CV) es un proyecto creado por el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes, que busca fortalecer la relación de representación democrática entre votantes y representantes políticos. Este objetivo se ha desarrollado principalmente a partir de dos líneas de trabajo: la primera, el análisis y divulgación de la actividad legislativa; y la segunda, el entrenamiento de organizaciones involucradas con la participación ciudadana. De esta manera, en la página de Internet de CV se puede consultar información relacionada con el perfil de los legisladores, su agenda de campaña, su filiación partidista y los proyectos de ley en los que han participado. De igual forma, se ha sistematizado información sobre los debates de control político organizados tanto en la Cámara como en el Senado. Finalmente, CV ha desarrollado una herramienta denominada "Partidos, Candidatos y Elecciones Visibles", con la que se pretende recolectar y ofrecer información acerca de los candidatos y sus partidos, sedes de campaña, propuestas, trayectoria política, financiación, avales, alianzas, entre otros; ello con el fin de fomentar el voto informado y responsable y la transparencia en los comicios electorales.

4 David Altman, *Direct Democracy Worldwide* (Cambridge University Press, 2010).

Actividad 1

Para investigar

En la página de Internet de Congreso Visible (<http://www.congresovisible.org>), seleccione dos congresistas, un senador y un representante de la Cámara por el que usted o algún miembro de su familia haya votado en las últimas elecciones, y responda:

1. ¿Cuál partido político lo avala?
2. ¿A qué comisión del Congreso pertenece?
3. ¿Qué proyectos de ley ha radicado?

El derecho al voto

El voto es el principal mecanismo de participación ciudadana. Por medio de este todas las personas pueden expresar su preferencia hacia algún candidato o partido político para que represente sus intereses en los diferentes cargos de elección popular en las ramas Legislativa y Ejecutiva a nivel nacional, departamental y municipal. Además, los ciudadanos pueden emplear el voto para tomar decisiones de forma directa en algunas cuestiones públicas; este es el caso de algunos mecanismos de democracia directa como la revocatoria de mandato, el referendo, etc., sobre los cuales hablaremos más adelante.

En Colombia, los cargos que se eligen a través del voto ciudadano son los siguientes:

- a. De la Rama Legislativa: senadores y representantes a la Cámara.
- b. De la Rama Ejecutiva: presidente de la república y vicepresidente, gobernadores, diputados de asambleas departamentales, alcaldes municipales, concejales municipales y distritales, y, en los lugares donde el municipio tiene unidades administrativas conocidas como localidades, ediles para las juntas administradoras locales.

Adicionalmente, los votantes eligen a los representantes por Colombia para el Parlamento Andino.

La Constitución colombiana señala que el voto es un derecho y un deber ciudadano. Ello implica, por un lado, que el Estado debe garantizar que todos los ciudadanos voten de forma secreta y sin ningún tipo de coacción o

Actividad 2

Para investigar

1. ¿Qué es y qué hace el Parlamento Andino?
2. ¿Quiénes representan actualmente a Colombia en el Parlamento Andino?

Cancillería del Ecuador. Wikimedia Commons, the free media repository.



Sesión del Parlamento Andino en Quito.

distinción de género, raza, credo, situación socioeconómica, nivel educativo o militancia política. Por otro lado, y a pesar de que la Carta política no establece obligatoriedad, el voto se concibe como un deber, en la medida que todos los ciudadanos tienen la responsabilidad de participar en la toma de decisiones de interés general.

Actividad 3

Para investigar

En el año 2014, el debate sobre la reforma para el “equilibrio de poderes” en el Congreso conllevó la propuesta de implementar el voto obligatorio en Colombia. Ello con el fin de reducir la abstención electoral y combatir la compra de votos.

Esta medida ya ha sido adoptada en varios países en donde el voto es obligatorio y hay sanciones para los ciudadanos que no participan en los comicios electorales.

Con base en la experiencia de estos países, ¿cuáles son las ventajas y desventajas del voto obligatorio?

¿Quiénes pueden ejercer el derecho al voto?

Pueden votar todos los ciudadanos colombianos mayores de 18 años de edad, residentes en el país y en el exterior, cuyas cédulas de ciudadanía estén inscritas en el censo electoral. Asimismo, los extranjeros residentes en Colombia pueden votar en “elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital del último lugar donde hayan fijado su domicilio” (Ley 1070 de 2006), siempre y cuando tengan cédula de extranjería, visa de residencia, cinco años ininterrumpidos en Colombia y se inscriban en el censo electoral.

Existen dos grupos de ciudadanos que no pueden votar en Colombia: las personas privadas de su libertad y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía. Los primeros, como parte de su condena pierden los derechos políticos, mientras que los segundos no pueden votar mientras estén en servicio activo. Esto último no siempre fue así. La prohibición del voto militar se remonta a la lucha que protagonizaron liberales y conservadores a principios del siglo XX. En este contexto, las fuerzas militares podían votar y estaban bajo la dominación del Partido Conservador. No obstante, tras la caída de la hegemonía conservadora, el gobierno de Olaya Herrera adoptó la Ley 72 de 1930, que prohibía el sufragio a los miembros activos de las Fuerzas Armadas debido a su carácter no deliberante. Esta prohibición fue ratificada por la Constitución de 1991, que en el artículo 219 insiste en el veto a la fuerza pública para votar o intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

¿Qué es el censo electoral?

El censo electoral es el registro de ciudadanos habilitados para ejercer el derecho al voto y para hacer uso de los demás mecanismos de participación ciudadana. A partir de 1988, todas las personas que tramitan su cédula por

Actividad 4

Para reflexionar

¿Considera que las personas privadas de su libertad deberían poder votar?, ¿por qué sí o por qué no?, ¿existen otros países donde voten? Describa la votación de presos en otro país a partir de las noticias de Internet.

¿Sabías que...?



Registraduría Nacional del Estado Civil.

El origen del voto en Colombia se remonta al período conocido como La Patria Boba (1810-1816); en aquel entonces, solo podían votar los hombres mayores de 25 años, que tuvieran hijos y propiedades. Fue hasta el año 1936 cuando se instauró el derecho al voto para todos los hombres mayores de 21 años. Este derecho se les concedió también a todas las mujeres mayores de 21 años, el 25 de agosto de 1954. Finalmente, el acto legislativo 01 de 1975 estableció que todos los ciudadanos colombianos mayores de 18 años pueden elegir y ser elegidos.

primera vez ingresan automáticamente al censo electoral. Por otro lado, las personas que están privadas de la libertad, quienes renuncian a la nacionalidad colombiana, los miembros de la fuerza pública y los ciudadanos fallecidos no hacen parte del censo electoral. La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) es la entidad encargada de actualizar de manera permanente el censo electoral colombiano a partir de los datos del Archivo Nacional de Identificación (ANI). Este archivo contiene información relacionada con la expedición de nuevas cédulas de ciudadanía o la cancelación de las mismas por defunción del ciudadano. Asimismo, el Archivo registra la pérdida de derechos de las personas condenadas y las altas y bajas en los miembros de la fuerza pública. De este modo, se obtiene información precisa sobre el número de colombianos que están habilitados o inhabilitados para votar.

Cabe resaltar que el censo electoral es distinto del censo poblacional que realiza el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Mientras el primero es una base de datos que se construye con el número de cédulas de ciudadanía de las personas que están habilitadas

para participar en las elecciones, el segundo es una proyección estadística del número total de habitantes que hay en el país. La Gráfica 1 compara el censo poblacional y el censo electoral colombiano desde 1958 hasta el año 2014.

¿Qué es el sistema electoral?

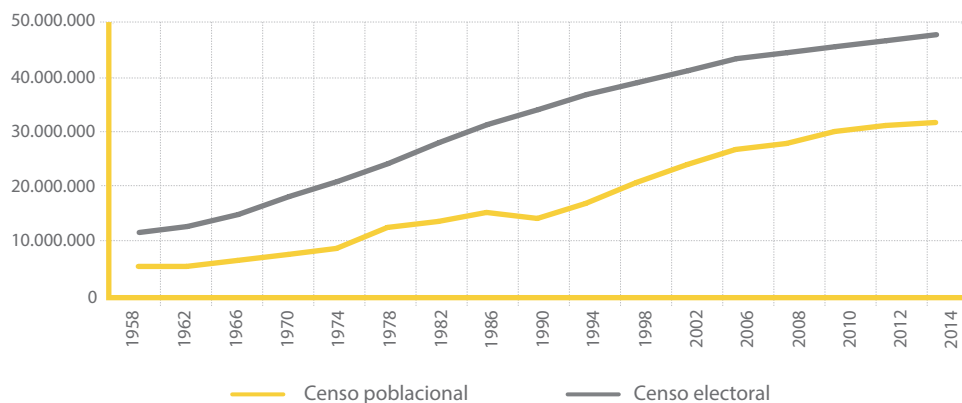
Un concepto fundamental para comprender la participación ciudadana es el de sistema electoral. Cuando hablamos de sistema electoral, *grosso modo* nos referimos al conjunto de normas y procedimientos orientados a regular la competencia política y a proveer un método efectivo para elegir representantes. Los dos componentes más importantes de los sistemas electorales son: la fórmula electoral y el tipo de circunscripción⁵. El primer componente hace referencia a la forma como se asignan los escaños en las corporaciones según la votación, sea un sistema mayoritario o proporcional. En los sistemas mayoritarios, todos los escaños se adjudican al candidato que obtenga la mayoría de los votos. Así, al tomar decisiones se harán a partir de sólidas mayorías y se pueden conformar gobiernos con capacidad de adoptar decisiones colectivas con mayor fuerza vinculante. En los sistemas de representación proporcional, como el colombiano, los escaños se adjudican en proporción al porcentaje de votos que obtengan los distintos candidatos o partidos con el fin de lograr una representación efectiva y equitativa de las múltiples preferencias ciudadanas⁶.

El segundo componente de un sistema electoral, el tipo de circunscripción, hace referencia al número de representantes que se eligen en un mismo distrito o zona electoral. Si se elige un solo candidato por distrito se considera una circunscripción uninominal y un sistema de elección mayoritario, pues sale elegida la persona que obtuvo el mayor número de votos. Por ejemplo, la elección de alcaldes es uninominal. En cambio si se eligen dos o más personas por distrito, como sucede con el Concejo o el Congreso, se trata de una circunscripción plurinominal. En ese caso la elección no se hace por mayoría, sino de forma proporcional y es un sistema de representación proporcional.

5 Arend Lijphart, *Sistemas electorales y sistemas de partidos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

6 Dieter Nohlen, *Sistemas electorales en su contexto* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007).

Gráfica 1 Evolución censo poblacional y censo electoral colombiano 1958-2014



Fuente: Elaboración propia con base en datos suministrados por la Registraduría y el DANE.

El número de personas elegidas por distrito tiene impacto directo sobre la eficiencia del sistema de representación y sobre el número de partidos que compiten en las elecciones. A diferencia de la votación por mayoría del sistema uninominal, la proporcionalidad del sistema plurinominal brinda oportunidades para que los partidos pequeños obtengan representación y, por ende, hay más posibilidad de que las minorías obtengan representación política⁷.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta otros componentes de los sistemas electorales que también afectan el comportamiento de los actores y funcionamiento del sistema político, a saber: a) el umbral electoral, b) el tamaño de la circunscripción, c) el tipo de lista y d) la fórmula de conversión de votos en escaños.

El primer componente importante del sistema electoral es el umbral electoral. El umbral electoral es el apoyo mínimo de votos que un partido necesita para obtener personería jurídica y que un candidato necesita para aspirar a algún cargo de elección popular. Este componente tiene implicaciones en el sistema de representación democrática, en la medida que entre más alto sea dicho umbral menor será el número de competidores con suficiente respaldo electoral para superarlo y acceder al poder. Por consiguiente, un umbral muy alto reduce la posibilidad de que los partidos pequeños mantengan la personería jurídica, es decir, la capacidad legal para seguir siendo un partido. Se reduce entonces la posibilidad de que los

Actividad 5

Para reflexionar

Analice la diferencia entre el censo poblacional y el censo electoral de la Gráfica 1.
¿Qué puede inferir sobre la democracia en Colombia?

grupos minoritarios obtengan representación en los diferentes cargos de elección popular. En sentido opuesto, la ausencia de un umbral electoral o un umbral muy bajo incentiva la proliferación de movimientos y partidos políticos pequeños.

El segundo componente es el tamaño de la circunscripción electoral. Este se refiere al número total de escaños que se adjudican en una unidad territorial (municipio, departamento, etc.). En las circunscripciones uninominales se elige un solo candidato para ocupar un solo escaño y en las circunscripciones plurinominales se eligen más de dos candidatos. Las plurinominales se pueden clasificar en pequeñas (2-5 escaños), medianas (6-10 escaños) y grandes (más de 10 escaños).

El tamaño de la circunscripción también afecta la proporcionalidad del sistema electoral. Cuanto más grande es la circunscripción mayor es el número de representantes que se eligen dentro de una unidad territorial, es decir, mayor es el grado de representación proporcional de los electores. Esto es especialmente cierto cuando varios

7 Lijphart, *Sistemas electorales*.

partidos compiten en las elecciones; mientras más escaños hay mayor posibilidad tienen de llegar a ser elegidos representantes de los diferentes partidos⁸.

El tercer componente es el tipo de lista, que solo aplica cuando se eligen varios candidatos dentro de una misma lista de partido y que determina quién de la lista y en qué orden queda elegido, es decir, cómo se reparten los votos que obtenga la lista entre los diversos candidatos que la componen. El número de candidatos elegidos depende, en primer lugar, del número de votos que obtenga la lista y, en segundo lugar, del tipo de lista. Las listas pueden ser cerradas o abiertas y bloqueadas o no bloqueadas. Las listas cerradas no permiten al elector escoger cuál candidato de la lista recibe su voto. Las listas abiertas sí le permiten escoger un candidato de su preferencia en la lista. Las listas cerradas y bloqueadas le permiten al elector votar únicamente por el partido de su preferencia como totalidad; en las cerradas y no bloqueadas, el elector tiene dos votos: uno que le otorga a la lista entera del partido y otro que le da al candidato de su preferencia dentro de la misma lista (voto preferencial); y en las abiertas, el elector

Actividad 6

Para investigar

1. ¿Hace cuánto se creó la Registraduría Nacional del Estado Civil?
2. ¿Cómo es nombrado el registrador nacional?
3. ¿Considera que la forma como es nombrado afecta su neutralidad? Explique.
4. ¿Quién dirige actualmente la Registraduría Nacional? ¿Qué calidades tiene para hacerlo?
5. ¿Qué papel desempeña la Registraduría Nacional en las elecciones?
6. ¿Hace cuánto se creó el Consejo Nacional Electoral?
7. ¿Cuáles son las funciones del Consejo Nacional Electoral?
8. ¿Cómo son nombrados los magistrados del CNE?
9. ¿Considera que la forma como son nombrados los magistrados del CNE afecta su neutralidad? Explique.

8 Lijphart, *Sistemas electorales*.

Recuadro 2

La cifra repartidora

“Antes de la Reforma Política de 2003, la asignación de curules se basaba en el *método de cuociente electoral*, resultante de dividir el total de votos válidos consignados por el número de cargos a proveer. A cada lista se le asignaban las curules correspondientes al número de veces que su votación estuviera contenida en esa cifra. Sin embargo, no todos los escaños alcanzaban a ser repartidos a través de este procedimiento. Entonces, se recurría al sistema de residuos, quedando dos formas de acceder a un escaño:

1. Las listas que no alcanzaban el cuociente electoral competían con el total de su votación por los escaños restantes.
2. Las listas que obtenían curul a través del cuociente electoral, pero que les “sobraban” votos, podían acceder a otras curules a partir de sus residuos.

Por ejemplo, si un determinado partido obtenía 105 votos, y el cuociente electoral era de 25 votos, este obtendría automáticamente 4 curules ($105/25 = 4,2$). Sin embargo, quedaría un residuo de 5 votos ($4 \times 25 = 100$). El partido competiría por las curules que sobraban con su residuo, es decir, con 5 sufragios.

La Reforma Política de 2003 introdujo la *cifra repartidora* como un nuevo mecanismo de distribución de curules. De este modo, la asignación de asientos en las

puede votar por el candidato de su preferencia dentro de una lista partidista⁹.

El cuarto componente es la fórmula de conversión de votos en escaños, procedimiento mediante el cual se decide quiénes son los vencedores y quiénes los vencidos¹⁰. En circunscripciones uninominales es muy sencillo: el único escaño a distribuir se le adjudica al candidato que obtenga la mayoría de los votos. Para ello, se emplean dos fórmulas electorales: la fórmula de mayoría simple, por medio de la cual resulta vencedor el candidato más

9 Richard Ortiz Ortiz, “Sistema electoral y reforma electoral en el Ecuador 2011”. Cuaderno de Estudio Electoral núm. 1 (Quito: Instituto de la Democracia del Consejo Nacional Electoral, 2012).

10 Nohlen, *Sistemas electorales*.

corporaciones públicas se realiza a partir del siguiente sistema: cada lista obtiene tantas curules como veces esté contenido un número mínimo de votos, denominado cifra repartidora, en el total de sus sufragios.

Este modelo estimula el fortalecimiento de los partidos, ya que las organizaciones con mayor votación tendrán la posibilidad de acceder a más curules que con el sistema de cuocientes y residuos. Igualmente, tiende a reducir la cantidad de partidos en escena. Y, además, las fuerzas minoritarias, siempre y cuando se agrupen y cohesionen, tendrán buenas posibilidades de alcanzar curules. Por tanto, el esquema de cifra repartidora les entrega mayor protagonismo a los partidos, a la vez que garantiza la representación de las minorías.

El procedimiento utilizado para obtener la cifra repartidora es el siguiente: la cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres, etc., el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules por proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. En las circunscripciones donde se eligen dos curules, se aplica el método de cuociente electoral. Por lo tanto, no rige la cifra repartidora”.

* CongresoVisible, “Cifra repartidora”. En línea: <http://congresovisible.org/democracia/reformas/sistemaelectoral/cifrarepartidora/>

votado, independientemente del porcentaje de votos que haya recibido; y la fórmula de mayoría absoluta, en donde resulta vencedor el candidato que obtenga más del 50% de los votos escrutados. En caso de que ninguno de los candidatos supere dicho umbral, se convoca a una segunda vuelta electoral donde solo compiten los dos candidatos más votados¹¹. En las circunscripciones plurinominales, en cambio, los escaños se distribuyen a los candidatos o listas de partidos que hayan alcanzado cierto porcentaje de votos en relación con el total de votos válidos emitidos y el tamaño de la circunscripción¹².

11 Existen algunas variaciones a estas dos opciones. El umbral de mayoría puede variar; por ejemplo, se puede requerir obtener más del 40% de los votos válidos en lugar de más del 50% de ellos.

12 Ortiz Ortiz, “Sistema electoral...”.

Actividad 7

Para discutir

En el marco de las negociaciones de paz de La Habana entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno nacional, se ha propuesto la creación de unas Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz que permitirían el ingreso de miembros de la guerrilla al Congreso de la República, una vez firmado el fin del conflicto.

¿Está de acuerdo con esta propuesta?

Sostenga su posición a partir de una explicación de cómo sería una circunscripción de este tipo y las razones por las cuales está o no de acuerdo. Tenga en cuenta los posibles contraargumentos y refútelos.



Omar Nieto Remolina.

La Habana - Cuba, mayo 26 de 2013. Acto en el que se leyó el comunicado conjunto del noveno ciclo de diálogos de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC en Cuba.

¿Cómo eligen los colombianos a sus representantes políticos?

En Colombia hay varias maneras de elegir representantes políticos según el nivel y el tipo de cargo de elección popular. En el ejecutivo, del nivel nacional, el presidente de la república y el vicepresidente son elegidos conjuntamente por un período de cuatro años mediante la fórmula de mayoría absoluta. Esto significa que se elige al candidato presidencial que obtenga más del 50% de los votos escrutados. En caso de que ninguno de los candidatos supere dicho umbral, tres semanas después se convoca una segunda vuelta electoral en la que solo participan los dos competidores más votados y triunfa el candidato que obtenga la mayoría de los votos (Constitución Política de 1991, art. 190).

Recuadro 3

La elección del Congreso colombiano



Salón Elíptico del Capitolio Nacional.
Instalación del Congreso. Bogotá, 20 de julio de 2014.

365.000. Es decir que los departamentos más poblados tienen más representantes a la Cámara. Adicionalmente, la Cámara tiene cinco (5) miembros elegidos mediante circunscripción especial de la siguiente manera: dos (2) representantes de comunidades negras, un (1) representante indígena, un (1) representante de minorías políticas y un (1) representante de los colombianos residentes en el exterior (Constitución Política de 1991, arts. 171 y 176).

Los candidatos que aspiran a ser elegidos mediante circunscripción especial para comunidades indígenas y negras deben haber ejercido previamente un cargo de autoridad tradicional dentro de su comunidad de procedencia y contar con el aval de la misma o de una organización étnica reconocida por el Ministerio del Interior. La circunscripción especial para las minorías políticas está destinada a aquellos movimientos o partidos políticos que se hayan presentado como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales y que no hayan obtenido ningún escaño en el Congreso Nacional. Por su parte, los candidatos que aspiran a ser elegidos mediante circunscripción especial para colombianos residentes en el exterior deben demostrar una residencia mínima de cinco (5) años fuera del país y contar con el aval de un movimiento o partido reconocido por el Consejo Nacional Electoral.

El Senado de la República y la Cámara de Representantes tienen circunscripciones plurinominales. Estas circunscripciones varían en el tamaño que tienen y, por tanto, en la cantidad de curules que eligen. El Senado está compuesto por cien (100) miembros elegidos en circunscripción nacional y dos (2) miembros elegidos en circunscripción nacional especial para comunidades indígenas. Por su parte, la Cámara de Representantes tiene un número de miembros que varía según el número de habitantes. Así pues, la Cámara está compuesta por 33 circunscripciones correspondientes a los departamentos del país más el Distrito Capital. Cada circunscripción empieza por elegir dos (2) miembros como mínimo, pero puede elegir uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros

Por su parte, los senadores y representantes a la Cámara son elegidos por un período de cuatro años mediante el sistema de representación proporcional con lista única y voto preferente opcional, es decir, cada partido político decide si presenta un lista cerrada o una lista abierta con voto preferente.

En el ámbito departamental y municipal, los gobernadores y alcaldes son elegidos por un período de cuatro años mediante el sistema de mayoría simple. Esto significa que se elige al candidato que obtenga la mayoría de los votos escrutados en cada distrito electoral, es decir, en cada uno de los 32 departamentos y los 1.102 municipios, sin importar qué proporción de los votos obtengan. Si hay empate, la elección se define por sorteo (Decreto 2241 de 1986, art. 183).

¿Sabías que...?

Los alcaldes y gobernadores no siempre han sido elegidos por elección popular: la primera elección de alcaldes se llevó a cabo el 13 de marzo de 1988 y la de gobernadores en el mes de octubre de 1991. Antes de estas fechas, los alcaldes eran nombrados por el gobernador de cada departamento y este, a su vez, era nombrado por el presidente de la república (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2013).

Actividad 8

Para investigar

Antes de la reforma política de 2003, existían al menos 59 partidos con personería jurídica en Colombia. Sin embargo, con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2003, el número de partidos se redujo a 16. Teniendo en cuenta esta información, responda:

1. ¿Cómo era el sistema electoral que funcionaba en Colombia antes de la reforma política de 2003?
2. ¿Qué explicaciones existen acerca de la fragmentación partidaria en Colombia bajo ese sistema?
3. ¿Cuáles fueron las modificaciones que introdujo la reforma política de 2003 al sistema electoral colombiano?
4. ¿Cuántos partidos hay hoy en día con personería jurídica?

Finalmente, los miembros de las asambleas departamentales, de los concejos municipales y de las juntas administradoras locales se eligen por un período de cuatro años mediante el sistema de representación proporcional con lista única y voto preferente opcional, tal como sucede con la elección de senadores y congresistas. En cada distrito electoral se eligen entre 11 y 31 diputados para conformar la asamblea departamental, entre 7 y 31 concejales para conformar el concejo municipal y entre 5 y 9 ediles para conformar las juntas administradoras locales. En el caso excepcional de Bogotá, se eligen 45 miembros del concejo distrital y entre 7 y 11 ediles para cada Junta Administradora Local (Constitución Política de 1991, arts. 299 y 312).

¿Qué es el voto en blanco?

Los ciudadanos pueden manifestar que no se sienten representados por ninguna de las candidaturas que se presentan a un cargo de elección popular mediante la opción del voto en blanco. Este mecanismo se define dentro de la legislación colombiana como “una expresión política de disentimiento, abstención o inconformidad, con efectos políticos”¹³. Por tanto, el voto en blanco

Actividad 9

Para reflexionar

En algunas elecciones para alcalde el porcentaje sobrepasa el 50% de los votos, pero en muchas otras no alcanza a llegar a esta cifra:

1. ¿Cuál es la relación entre el porcentaje de elección y la representatividad de los mandatarios?
2. ¿Cuáles factores hay que tener en cuenta para analizar la capacidad de gobernar de los mandatarios durante su gestión?

se contabiliza y puede llegar a ser decisivo en los diferentes procesos electorales. Cuando esta opción obtiene la mayoría absoluta de los votos emitidos válidamente, se deben repetir las elecciones por una sola vez y no pueden presentarse los mismos candidatos en elecciones uninominales (alcalde, gobernador y primera vuelta presidencial) ni las listas que no alcanzaron el umbral mínimo legal en elecciones plurinominales (miembros de una corporación pública)¹⁴.

Asimismo, la Ley 1475 de 2011 señala que los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que decidan promover el voto en blanco deben inscribirse ante la autoridad electoral competente y se les reconocerán los mismos derechos que la ley establece para las demás campañas electorales: reposición de



Volante de promotores del voto en blanco en Bello, Antioquia. Fuente: Pablo Medina Uribe, “La paradójica historia del voto en blanco en Bello”. La Silla Vacía, 16-12-2011. En línea.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011.

14 Constitución Política de Colombia (art. 258).

Actividad 10

Para reflexionar

1. ¿Qué posibles implicaciones políticas y sociales puede tener el triunfo del voto en blanco en unas elecciones?
2. ¿Tiene sentido que un partido o movimiento promueva el voto en blanco y que así mismo reciba los beneficios electorales, por ejemplo, al poner los candidatos para la siguiente elección?
3. ¿Qué sucede si en primera vuelta de elecciones presidenciales el primer candidato gana con menos del 50% y en segundo lugar queda el voto en blanco?

gastos de campaña, espacios gratuitos en los medios de comunicación, contratación de publicidad electoral, etc.

Aunque el voto en blanco no se ha utilizado con mucha frecuencia en nuestro país, esta opción ha resultado ganadora en dos ocasiones: la primera fue en las elecciones locales celebradas el 26 de octubre de 2003 para elegir al alcalde del municipio de Susa, Cundinamarca; y la segunda fue en las elecciones locales celebradas el 30 de octubre de 2011 para elegir al alcalde del municipio de Bello, Antioquia. Como consecuencia, en menos de un mes se convocó una nueva jornada de votación con el fin de elegir al alcalde de cada uno de estos municipios, con nuevos candidatos.

¿Todos los cargos de elección popular se eligen en la misma jornada de votación?

Según la Constitución Política de 1991 (art. 262), la elección del presidente de la república y del vicepresidente no debe coincidir con ninguna otra elección. Asimismo, las elecciones legislativas (senadores y congresistas) deben realizarse en fecha separada de la elección de mandatarios departamentales y municipales. La separación de las elecciones presidenciales, legislativas y de autoridades locales tiene como objetivo evitar un fenómeno conocido en ciencia política como “el efecto de arrastre electoral”, esto es, la concentración de votos a favor de los aliados del candidato o los miembros del partido que recibe un alto nivel de preferencias por parte del electorado o de la opinión pública. Este fenómeno limita la

competencia política, en la medida que incentiva que los ciudadanos voten por las candidaturas de un mismo partido en los diferentes ámbitos (municipal, departamental, nacional) y cargos de elección popular (alcaldes, gobernadores, presidentes, etc.).

Teniendo en cuenta lo anterior, las elecciones de senadores, representantes a la Cámara y miembros del Parlamento Andino se celebran el segundo domingo de marzo; la primera vuelta de las elecciones presidenciales se celebra el último domingo de mayo. En caso de haber segunda vuelta presidencial, esta se lleva a cabo el tercer domingo del mes de junio; y, finalmente, las elecciones de gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales se celebran el último domingo del mes de octubre, pero de un año distinto al de las elecciones para cargos del ámbito nacional (Ley 163 de 1994, art. 1; Ley 136 de 1994, art. 207)¹⁵.

¿Qué son las elecciones atípicas?

Hasta el momento nos hemos referido únicamente a las elecciones ordinarias, es decir, aquellas que se realizan periódicamente en las fechas establecidas por la Constitución y por la Ley. Adicionalmente, la legislación colombiana prevé la realización de elecciones atípicas, es decir, fuera del calendario electoral ordinario y se hacen cuando queda vacante un cargo de alcalde o de gobernador faltando 18 meses o más para la terminación del período para el que fue elegido. Si faltan menos de 18 meses para la terminación de su período de gobierno, el gobernador o el presidente designan un encargado que provenga del mismo partido o coalición del elegido que deja el cargo vacante. Las faltas que se consideran vacancia absoluta son: la muerte, la renuncia aceptada, la incapacidad física permanente, la declaratoria de nulidad de su elección por juez administrativo, la interdicción judicial por incapacidad, la destitución por parte de la Procuraduría, la revocatoria del mandato y la incapacidad por enfermedad superior a 180 días.

¹⁵ Inicialmente, las elecciones regionales se realizaban cada dos años; luego, con la Constitución Política de 1991, estas se empezaron a celebrar cada tres años; finalmente, el Acto Legislativo 02 de 2002 estableció que los comicios para elegir mandatarios locales deben llevarse a cabo cada cuatro años.

Actividad 11

Para discutir

Cuando la Procuraduría ordena la destitución de un mandatario elegido popularmente se declara la vacancia absoluta; por ende, deben convocarse elecciones atípicas. Esta situación ha dado lugar al debate sobre la legitimidad que tiene un funcionario administrativo para destituir a un funcionario que cuenta con el aval del voto popular.

1. ¿Considera que esto es problemático para la democracia o no?, ¿por qué?
2. ¿Existe alguna diferencia entre la destitución por parte de un juez y la destitución por parte del procurador? Defienda su posición en un debate, dando cuenta de los contraargumentos y refutándolos.

Así, las elecciones atípicas solo pueden convocarse cuando se presenta vacancia absoluta de alcaldes y gobernadores. Las vacancias absolutas o temporales de congresistas, diputados, concejales o miembros de las juntas administradoras locales son suplidas por los candidatos de su lista electoral en orden descendente¹⁶.

¿Qué sucede en caso de vacancia temporal o absoluta del presidente o del vicepresidente de la república?

De acuerdo con la Constitución colombiana (arts. 202, 203, 205), en caso de vacancia temporal o absoluta del presidente de la república, este será reemplazado por el vicepresidente, aun cuando la vacancia se presente antes de la posesión. Hay vacancia absoluta por muerte, renuncia, destitución por sentencia, incapacidad física permanente y abandono del cargo (los últimos dos deben ser declarados por el Senado). El vicepresidente tiene vacancia absoluta solo por muerte, renuncia e incapacidad física permanente decretada por el Congreso. En caso de vacancia absoluta del vicepresidente, el Congreso tiene la responsabilidad de elegir su reemplazo para el resto del período de gobierno¹⁷.

¿En Colombia se permite la reelección presidencial?

En Colombia la reelección presidencial inmediata estaba prohibida hasta el año 2004, cuando el Congreso de la República aprobó una reforma constitucional que permite al presidente ser elegido hasta por dos períodos consecutivos. Cabe resaltar que el tema de la reelección presidencial en nuestro país despertó gran controversia debido a que se temía la concentración del poder político por parte del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. No obstante, la alta popularidad con la que contaba dicho mandatario, tanto en las encuestas como en la mayoría del Congreso, conllevó la aprobación del Acto Legislativo 02 de 2004 que dio vía libre a su reelección en el año 2006.

Entre los años 2008 y 2009, algunos congresistas y dirigentes empresariales propusieron modificar la Constitución con el fin de que Álvaro Uribe Vélez pudiera postularse como candidato para un tercer período presidencial. Pese a que se tramitaron de manera simultánea dos proyectos: uno para permitir la reelección inmediata por segunda vez consecutiva y otro para autorizar la reelección presidencial para un tercer período no consecutivo, ambos trámites fracasaron debido a un fallo de la Corte Constitucional que consideró que un tercer período presidencial iba en contra de la Constitución¹⁸.

Mecanismos de participación ciudadana

Además del voto ciudadano, la Constitución Política de 1991 (art. 103) establece otros mecanismos de participación democrática, tales como: el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato. Estos también se conocen como mecanismos de democracia directa, debido a que permiten a los ciudadanos incidir directamente en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos públicos. Sin embargo, la lista no es taxativa y la ley puede adicionar otras formas de participación ciudadana, como los presupuestos participativos.

16 Constitución Política de Colombia (art. 261).

17 Constitución Política de Colombia (art. 205).

18 "La reelección presidencial para un tercer período", 2010. En línea: http://www.elabedul.net/San_Alejo/Reeleccion/

Siguiendo a Altman¹⁹, podemos clasificar los anteriores mecanismos en dos grupos: aquellos que son iniciados “desde arriba” y los que son iniciados “desde abajo”. Los primeros son convocados por los poderes políticos formales (ejecutivo o legislativo) cuando se requiere que los ciudadanos voten para ratificar o rechazar alguna decisión de forma directa. Por otra parte, los mecanismos “desde abajo” son aquellos que pueden ser activados por la ciudadanía para rechazar una ley, proponer una medida legislativa o revocar a un mandatario: la principal diferencia es que, en el primer caso, la ciudadanía tiene un papel reactivo y, en el segundo caso, proactivo²⁰.

A su vez, los mecanismos de democracia directa se subdividen en vinculantes y no vinculantes. Como su nombre lo indica, los mecanismos vinculantes son aquellos cuya decisión final le compete a la ciudadanía y su cumplimiento es de carácter obligatorio. Por otro lado, los mecanismos no vinculantes suelen ser de carácter deliberativo y se espera que la decisión ciudadana sea tenida en cuenta por las autoridades e instancias competentes al momento de legislar o formular políticas públicas (véase Diagrama 1). Sin embargo, sus decisiones y propuestas no son obligatorias.

El referendo

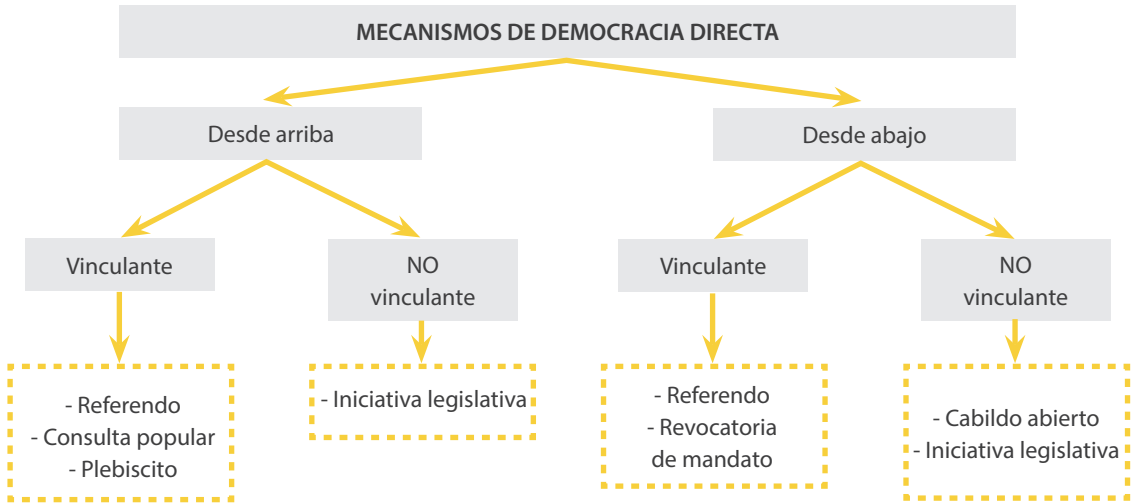
El referendo somete a la aprobación popular una norma de forma directa, ya sea para aprobarla o para derogarla. El referendo puede ser de carácter nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local. La decisión tomada por la ciudadanía es de obligatorio cumplimiento. El Congreso de la República puede convocar un referendo constitucional por iniciativa del gobierno o de un grupo significativo de ciudadanos, de tal manera que la

Actividad 12
Para investigar

Investigue en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil una propuesta de referendo que se haya presentado en Colombia a partir del año 1991 y responda:

1. Nombre y tipo de referendo.
2. ¿Cuál fue la propuesta general?
3. ¿Se convocó la jornada de votación del referendo?
4. ¿Cuál fue el resultado?

Diagrama 1 Clasificación de los mecanismos de democracia directa



19 David Altman, “Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?” (*Política y gobierno*, XII, núm. 2, II semestre 2005): 203-232.
20 Altman, “Democracia directa en el continente”, 212.

ciudadanía decida si quiere que se reformen o no ciertos artículos o temas relacionados con la Constitución Política de Colombia.

Todos los ciudadanos u organizaciones cívicas, sindicales, gremiales, indígenas, etc., pueden proponer un referendo, siempre y cuando cuenten con el respaldo del cinco por mil (5 x 1.000) de los ciudadanos inscritos en el censo electoral correspondiente (localidad, municipio, departamento, etc.).

La consulta popular

La consulta popular es un mecanismo de democracia directa, “desde arriba” y vinculante, mediante el cual un mandatario (presidente, gobernador o alcalde) convoca a los ciudadanos para que decidan sobre algún tema de trascendencia nacional, departamental, municipal o local. La decisión de la ciudadanía es de obligatorio cumplimiento.

La legislación colombiana señala que el promotor de la consulta popular debe ser un mandatario en ejercicio. El presidente de la república puede convocar a la ciudadanía para consultarle algún tema de carácter nacional, siempre y cuando este no implique la modificación de la Constitución Política. Por su parte, los gobernadores y alcaldes pueden consultar a los ciudadanos una decisión de carácter departamental o municipal, respectivamente. En el caso de las consultas de carácter nacional, el presidente debe presentar ante el Senado el texto que someterá a la decisión ciudadana junto con su respectiva justificación. Luego, dicho texto debe ser validado por la Corte Constitucional. Cumplidos los anteriores requisitos, la votación de la consulta popular debe realizarse dentro de los cuatro meses siguientes.

El plebiscito

El plebiscito es una votación en la que los ciudadanos apoyan o rechazan una decisión del presidente de la república, y es convocado por este. En esta medida, el plebiscito es un mecanismo de democracia directa “desde arriba” y vinculante, que puede ser activado únicamente por el presidente para consultar a la ciudadanía una decisión sobre algún asunto de trascendencia nacional. La decisión tomada por la ciudadanía es de obligatorio cumplimiento.

Actividad 13

Para reflexionar

El 28 de julio de 2013 se llevó a cabo una consulta popular sin precedentes en la historia de Colombia. El alcalde del municipio de Piedras, Tolima, convocó a la ciudadanía para que decidiera si estaba o no de acuerdo con el hecho de que en su jurisdicción se desarrollaran actividades mineras relacionadas con la explotación de oro. La consulta arrojó que el 99,2% de los habitantes no estaba de acuerdo con este tipo de actividades. Este resultado despertó polémica en todo el país, pues si bien la decisión tomada por la ciudadanía mediante consulta popular es de carácter vinculante, esta contradice la política minero-energética impulsada por el gobierno nacional, encargado de diseñarla. En consecuencia, algunos sectores se preguntan si el gobierno debe respetar la decisión popular o replantear el alcance de este tipo de mecanismos de participación ciudadana cuando afectan los intereses nacionales.

Desde su perspectiva ¿qué actitud debe tomar el gobierno cuando se presentan casos como este?

El plebiscito fue el mecanismo que utilizó el general Rojas Pinilla para reformar la Constitución de 1886, lo que permitió la aprobación del derecho al sufragio femenino (Recuadro 4). Sin embargo, cabe aclarar que este mecanismo fue reformado por la Carta Magna de 1991 de tal manera que, en la actualidad, un plebiscito no se puede convocar para decidir temas relacionados con los estados de excepción, la duración del mandato presidencial o para modificar la Constitución colombiana.

La iniciativa popular legislativa y normativa

La iniciativa popular legislativa y normativa es un mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden presentar un proyecto de acto legislativo o de ley ante el Congreso de la República, un proyecto de ordenanza ante las asambleas departamentales, un proyecto de acuerdo ante los concejos municipales y un proyecto de resolución ante las juntas administradoras locales, según sea el caso, para que sean debatidos, modificados, aprobados o negados por la corporación pública correspondiente.

Recuadro 4
Por plebiscito se inicia el Frente Nacional y se le reconoce a la mujer el derecho al voto

En 1957 se convocó un plebiscito, en el que se aprobaron 14 nuevos artículos que fueron incorporados a la Constitución de 1886.

Con una votación a favor del 95% de los electores, se aprobó el Frente Nacional: una forma de gobierno compartido entre liberales y conservadores, que se alternarían la presidencia, se repartirían las responsabilidades y los cargos del gobierno de forma paritaria, cada uno con el 50% de los representantes en las tres ramas del poder.

Adicionalmente, el plebiscito confirmó el derecho al voto femenino –que había sido adoptado por una norma del general Rojas Pinilla tres años atrás–. Así, y de forma paradójica, la primera vez que las mujeres ejercieron el derecho al voto en Colombia lo hicieron, entre otras cosas, para decidir si aprobaban que las mujeres tuvieran el derecho al voto*.

* “Por plebiscito, se inicia el Frente Nacional y se le reconoce a la mujer el derecho al voto”. Biblioteca virtual, Biblioteca Luis Ángel Arango, 1 de diciembre de 1957.
En línea: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/linea-de-tiempo/voto-mujer-frente-nacional>

Revocatoria de mandato

La revocatoria de mandato es un mecanismo mediante el cual la ciudadanía puede dar por terminado el mandato que le confirió a un funcionario elegido popularmente antes de que este culmine su período de gobierno. Aunque en algunos países la revocatoria de mandato aplica para cualquier cargo de elección popular, tanto a nivel subnacional como nacional, en Colombia este mecanismo solo puede emplearse para retirar el mandato a un alcalde o gobernador cuya gestión ha generado inconformidad general en la ciudadanía o que ha incumplido su programa de gobierno. Esto se debe a que la revocatoria se fundamenta en el supuesto del voto programático (Ley 131 de 1994), que obliga por ley a los alcaldes y gobernadores a cumplir con el programa de gobierno que presentaron al momento de inscribir su candidatura.

Dicho de otro modo, los alcaldes y gobernadores tienen el compromiso de cumplir con su programa de gobierno, puesto que este último se define como un mandato otorgado por el pueblo; de lo contrario, sus electores pueden “exigirle cuentas” y, si es el caso, revocarle el mandato que se le confirió cuando fue elegido.

Con base en nuestra clasificación de los mecanismos de participación ciudadana, se puede considerar la revocatoria de mandato como un mecanismo “desde abajo” y de carácter vinculante, puesto que la decisión tomada por la ciudadanía es de obligatorio cumplimiento. En Colombia, desde el año 1996 al 2014, se presentaron 113 solicitudes de revocatoria de mandato de alcaldes y gobernadores, de las cuales 44 llegaron a las urnas sin prosperar. Esto quiere decir que hasta el momento ningún mandatario ha sido revocado de su cargo mediante este mecanismo de participación ciudadana.

Cabildo abierto

El cabildo abierto es una reunión pública de los concejos distritales o municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes participan directamente para discutir asuntos de interés para la comunidad. De esta manera, el cabildo abierto es un mecanismo que permite a la ciudadanía proponer y participar en las discusiones que se llevan a cabo dentro de estos cuerpos colegiados, así como exigir a sus representantes políticos que su punto de vista sea tenido en cuenta al momento de formular políticas que afectan a su localidad, distrito, corregimiento o municipio, etc., según sea el caso. Los resultados de estas discusiones no son de obligatorio cumplimiento;

Actividad 14
Para investigar

1. ¿Cuáles son los requisitos para presentar una solicitud de revocatoria de mandato de un alcalde o gobernador?
2. Busque en la página web de la Registraduría el número de revocatorias de mandato radicadas el año anterior (<http://www.registraduria.gov.co>).
¿Qué creen que dice de la democracia colombiana?
¿Qué patrones observan?

por tanto, se ha clasificado el cabildo abierto como un mecanismo “desde abajo” y no vinculante.

Consideraciones finales

A lo largo de este capítulo nos hemos referido a dos formas de participación política complementarias, pero diferentes. Para empezar, hablamos del derecho al voto como la principal forma de participación en los sistemas de representación democrática. Esto implica que la ciudadanía elige a través del voto a candidatos o partidos políticos para que representen sus intereses en los diferentes cargos de elección popular. No obstante, algunos sistemas de representación democrática también cuentan con mecanismos de participación ciudadana por medio de los cuales la ciudadanía puede incidir directamente en el proceso de toma de decisiones sobre asuntos públicos y tener mayor control sobre el comportamiento de sus representantes. Este conjunto de mecanismos, definidos como mecanismos de democracia directa –el referendo, la consulta popular, la revocatoria de mandato, entre otros–, es la segunda forma de participación política a la que nos referimos anteriormente.

Varias aproximaciones teóricas han analizado los efectos de los mecanismos de participación directa en el sistema de representación democrática²¹. Por un lado, algunas aproximaciones sostienen que los mecanismos



Capitolio Nacional de Colombia, sede del Congreso de la República en Bogotá.

de participación ciudadana contribuyen a mejorar la calidad de la representación política, puesto que permiten a la ciudadanía incorporarse en el proceso de toma de decisiones públicas, incentivan la responsabilidad de los representantes frente a las demandas de sus electores y reconocen a los ciudadanos como fuente de la soberanía popular, entre otras razones. Por otro lado, los críticos de la democracia directa afirman que estos mecanismos debilitan las funciones de los representantes, dan lugar a la toma de decisiones desinformadas, son susceptibles de ser manipulados por ciertos grupos políticos y establecen un juego de suma cero, a través del cual la mayoría lo gana todo y la minoría lo pierde todo²².

Pese al anterior debate entre defensores y críticos de los mecanismos de participación ciudadana, resulta importante señalar que existe una fuerte tendencia en la literatura politológica a favor de la idea de que tales mecanismos complementan y mejoran la calidad de la democracia representativa. Ello debido a que “los mecanismos de participación ciudadana actúan como una válvula de seguridad intermitente en contra del comportamiento irresponsable o perverso de los políticos y de las instituciones representativas”²³.

21 Altman, *Democracia directa*; José Guillermo García Campos, “Los mecanismos de democracia directa como procedimientos institucionales de participación ciudadana en Argentina”. (*Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LI, núm. 205, enero-abril 2009): 77-96; Alicia Lissidini, *Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación*. 1 ed. ([Buenos Aires: Clacso, 2011], eBook, v. 1. Becas de investigación, 2010); Julie Massal, “Democracia participativa: desafíos y desencantos en el siglo xxi” (*Análisis Político*, 23, núm. 69, mayo-agosto 2010); F. Monestier, “Movimientos sociales, partidos políticos y democracia directa desde abajo en Uruguay (1985-2004)” (Informe final concurso “Partidos, movimientos y alternativas políticas en América Latina y el Caribe”, Programa Regional de Becas Clacso, 2007); Yanina Welp y Uwe Serdült, “¿Renovación, crisis o más de lo mismo? La revocatoria de mandato en los gobiernos locales latinoamericanos” (*Desafíos*, 24, núm. 1, 2012): 169-192.

22 Altman, *Democracia directa*, 206.

23 Altman, *Democracia directa*, 59.

Glosario

Cabildo abierto. Reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad (Ley 134 de 1994, art. 9).

Censo electoral. Registro del número de cédulas correspondientes a ciudadanos colombianos que están habilitados para ejercer el derecho al voto y, por ende, para elegir a sus representantes políticos y hacer uso de los mecanismos de participación ciudadana (Ley 1475 de 2011, art. 47).

Consulta popular. Mecanismo mediante el cual un mandatario (presidente, gobernador o alcalde) convoca a los ciudadanos para que decidan sobre algún tema de trascendencia nacional, departamental, municipal o local.

Democracia representativa. Régimen político en que los ciudadanos dan mandato por medio del sufragio activo a otras personas para que en su nombre ejerzan el poder legislativo y el poder ejecutivo en las repúblicas presidencialistas o asuman el papel moderador en las repúblicas parlamentarias*.

Democracia directa. Régimen político en que los ciudadanos ejercen por sí mismos los poderes del Estado, sin intermediarios o representantes. Se comprende que tal ejercicio ha de estar circunscrito a la función legislativa, porque resulta absolutamente imposible que las funciones ejecutivas y las judiciales sean desempeñadas por todos los ciudadanos**.

Elecciones ordinarias. Proceso de toma de decisiones llevado a cabo periódicamente en las fechas establecidas por la Constitución y por la ley.

Elecciones atípicas. De acuerdo con la Registraduría Nacional del Estado Civil, es la jornada electoral que se realiza por fuera del calendario electoral ordinario, con el fin de cubrir la vacancia absoluta de un mandatario y elegir una autoridad por el tiempo que resta del período constitucional del cargo.

Iniciativa popular legislativa y normativa. Mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden presentar un proyecto de acto legislativo o de ley ante el Congreso de la República, un proyecto de ordenanza ante las asambleas departamentales, un proyecto de acuerdo ante los concejos municipales y un proyecto de resolución ante las juntas administradoras locales, según sea el caso, para que sean debatidos, modificados, aprobados o negados por la corporación pública correspondiente.

Lista cerrada. Forma de emitir el voto en la que el orden de los candidatos es determinado por los partidos y el elector únicamente puede votar por el partido de su preferencia como totalidad.

Lista abierta. Forma de emitir el voto en la que los electores pueden votar directamente por el candidato de su preferencia dentro de una lista partidista.

Magnitud de la circunscripción. Número de representantes que se eligen en un mismo distrito. En función de su magnitud o tamaño, las circunscripciones se dividen en uninominales, donde se elige un solo candidato por distrito, y plurinominales, donde se eligen dos o más candidatos por distrito.

Participación ciudadana. Conjunto de mecanismos y procedimientos mediante los cuales la ciudadanía interviene en la toma de decisiones sobre asuntos que afectan la vida política, económica, administrativa y cultural de la nación.

Plebiscito. Pronunciamiento del pueblo convocado por el presidente de la república, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo (Ley 134 de 1994, art. 7).

* Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. En línea: http://elderechoyestudiante.bligoo.es/media/users/34/1723250/files/649683/Manuel_Ossorio.pdf.
 ** Ossorio, *Diccionario*.

Referendo. Convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue una norma ya vigente (Ley 134 de 1994, art. 3).

Representación democrática. Relación que se establece cuando un votante (el principal) elige a un agente (político o partido) para que represente sus intereses***.

Sistema electoral. Conjunto de normas y procedimientos orientados a regular la competencia política y a proveer un método efectivo para la conversión de votos en escaños.

Umbral. Mínimo porcentaje de apoyo (votos) requerido para que un movimiento político o un partido obtenga personería jurídica y pueda aspirar a algún cargo de elección popular.

Voto ciudadano. Mecanismo mediante el cual los ciudadanos pueden expresar –en forma directa y secreta– su preferencia por alguna propuesta, candidato o partido político para que represente sus intereses en los diferentes cargos de elección popular.

Voto en blanco. Forma de expresión política de disenso, abstención o inconformidad, con efectos políticos (Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011).

Voto preferente. Según Congreso Visible, es el mecanismo que permite al ciudadano ordenar la posición de los candidatos dentro de la lista de acuerdo con sus preferencias.

*** Mainwaring, Bejarano y Pizarro, *The Crisis of Democratic Representation*.

Material de apoyo

Videos y documentales

- *El Héctor* (Javier Ayala). Mecanismos de participación ciudadana. Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil, 25 min. Videodisco digital.
- *Historia de nuestra cédula de ciudadanía*. Registra TV, 3 min. En línea.
- *Sufragio universal* (Jorge Alí Triana, 2007). Bogotá: Humberto Arbeláez, 2007, 108 min. Videodisco digital.

Libros

- David Altman. *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge University Press, 2010.
- Fabio Velásquez y Esperanza González. *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Bogotá: Fundación Corona, 2003.
En línea: http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0120/participacion_ciudadana_en_colombia.pdf
- Giovanni Sartori. *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*. Madrid: Alianza, 2008.
- IDEA. *Direct Democracy. The International IDEA Handbook*. Stockholm: International IDEA, 2008.
- Larry Jay Diamond y Richard Gunther. *Political Parties and Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2001.

Páginas web de interés

- CongresoVisible (<http://www.congresovisible.org>). Realiza seguimiento y análisis permanente de la actividad legislativa del Congreso de la República.
- Foro Nacional por Colombia (<http://www.foro.org.co>). Cuenta con dos centros de documentación especializados en temáticas referidas al estado de la democracia en Colombia y América Latina, así como su proyección a futuro.

- Misión de Observación Electoral - MOE (<http://www.moe.org.co>). Cuenta con una biblioteca virtual donde se pueden encontrar publicaciones especializadas en temáticas relacionadas con la democracia, la participación ciudadana, los diálogos de paz, entre otras.
- Observatorio de la Democracia (<http://www.obs-democracia.org>). Publica los resultados de los estudios que hace sobre cultura política en Colombia.
- Registraduría Nacional del Estado Civil (<http://www.registraduria.gov.co>). De gran utilidad para consultar información relacionada con la normatividad, la organización y los resultados de las elecciones en Colombia.

Normas

- Constitución Política de 1991; Ley 1070 de 2006; Ley 1475 de 2011; Ley 136 de 1994; Acto Legislativo núm. 1 de 2003; Acto Legislativo núm. 2 de 2004; Decreto 2241 de 1986; Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011.

Referencias bibliográficas

"Alcaldes de Bogotá 1941-2012". En línea: <http://www.bogota-dc.com/varios/1900a.htm>

Altman, David. *Direct Democracy Worldwide*. Cambridge University Press, 2010.

_____. "Democracia directa en el continente americano: ¿Autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?" *Política y Gobierno*, XII, núm. 2 (II semestre 2005), 203-232.

Bermúdez Liévano, Andrés. "La encrucijada del gobierno después del 'no' de Piedras a la minería". La Silla Vacía, 29-7-2013. En línea: <http://m.lasillavacia.com/historia/el-dilema-del-gobierno-despues-del-no-de-piedras-la-mineria-45296>

Biblioteca Luis Ángel Arango. "Por plebiscito, se inicia el Frente Nacional y se le reconoce a la mujer el derecho al voto". Biblioteca virtual, 1957. En línea: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/linea-de-tiempo/voto-mujer-frente-nacional>

García Campos, José Guillermo. "Los mecanismos de democracia directa como procedimientos institucionales de participación ciudadana en Argentina". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LI, núm. 205 (enero-abril 2009): 77-96.

Lijphart, Arend. *Sistemas electorales y sistemas de partidos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Lissidini, Alicia. *Democracia directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación*. 1 ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Clacso, 2011 [EBook, v. 1. Becas de investigación, 2010].

Mainwaring, Scott; Ana María Bejarano y Eduardo Pizarro (eds.). *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*. Stanford University Press, 2006.

Massal, Julie. "Democracia participativa: desafíos y desencantos en el siglo XXI" *Análisis Político*, 23, núm. 69 (mayo-agosto 2010).

Medina Uribe, Pablo. "La paradójica historia del voto en blanco en Bello". La Silla Vacía, 16-12-2011. En línea: <http://lasillavacia.com/historia/la-paradojica-historia-del-voto-en-blanco-en-bello-30286>

Mejía, Rafael. "Cien ovejas y dos lobos". El Ágora Debate. En línea: <https://elagoradebate.wordpress.com/>

Monestier, Felipe Andrés. "Movimientos sociales, partidos políticos y democracia directa desde abajo en Uruguay (1985-2004)". Informe final, concurso "Partidos, movimientos y alternativas políticas en América Latina y el Caribe", Programa Regional de Becas Clacso, 2007.

Nohlen, Dieter. *Sistemas electorales en su contexto*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

Ortiz Ortiz, Richard. "Sistema electoral y reforma electoral en el Ecuador 2011". Cuaderno de Estudio Electoral núm. 1. Quito: Instituto de la Democracia del Consejo Nacional Electoral, 2012.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. En línea: http://elderechoyestudiante.bligo.es/media/users/34/1723250/files/649683/Manuel_Ossorio.pdf

Registraduría Nacional del Estado Civil. "Potencial Electoral por Departamento". En línea: <http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/censo.pdf>
_____. "Revocatorias 2013". En línea: <http://www.registraduria.gov.co/-Revocatorias-2013-.html>

Welp, Yanina y Uwe Serdült. "¿Renovación, crisis o más de lo mismo? La revocatoria de mandato en los gobiernos locales latinoamericanos". *Desafíos*, 24, núm. 1 (2012): 169-192.

Parte 2

Sección 3

Vida y libertad

Sección 4

Igualdad y diferencia

Sección 5

Estado Social de Derecho

¿Libertad y orden? Los límites a la libertad como forma de organización de la democracia

René Urueña Hernández

Propiedad privada
paternalismo libertad económica
libertades políticas



Objetivos de aprendizaje

- Describir la tensión entre libertad y orden en una democracia.
- Identificar las diferentes expresiones de esa tensión en el contexto de las libertades políticas y económicas.
- Identificar la conexión de esta tensión con el sistema electoral y con los estados de excepción.
- Identificar algunos de los debates prácticos que se generan en virtud de la tensión entre libertad y orden.



Guía de estudio

Este capítulo integra algunos temas abordados en el curso, tomando como eje la tensión que existe entre libertad y orden en las democracias. A primera vista, diríamos que la función de un orden constitucional es garantizar la libertad y el orden a los ciudadanos. Sin embargo, muchas veces, estos dos ideales chocan. Este texto explora algunas de las instancias en que se presenta este conflicto, describe cómo se ha solucionado y muestra cómo se manifiesta esta tensión en los más diversos aspectos de nuestra vida. El capítulo comienza presentando la pugna entre las libertades de los individuos, para explorar después instancias de esa misma tensión respecto de tres desafíos a la libertad: la defensa del Estado, la protección de la sociedad y la regulación de la actividad económica.

Introducción

Para comenzar, lea las noticias de los recuadros.

Recuadro 1 Firma danesa vende camisetas para apoyar a las FARC y al FPLP

Una fuerte controversia se ha desatado en Colombia debido a la decisión de la recién creada firma danesa de ropa Fighters and Lovers de vender en su sitio de Internet camisetas alusivas y en apoyo a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Las prendas serán comercializadas en toda Escandinavia a 170 coronas danesas (US\$27,6), de las cuales algo más del 20% (35 coronas o US\$5,7) será destinado a la financiación de Radio Resistencia, la estación de radio clandestina de las FARC. La firma también apoya al Frente Popular para la Liberación de Palestina (FPLP), cuyo taller gráfico será financiado en forma parcial por la empresa. Anna Duever, jefa de relaciones públicas de la firma, dijo a la agencia española EFE que su objetivo es “defender la libertad y la justicia social, que es por lo que luchan las FARC y el FPLP”. Añade que la inclusión de las FARC en la lista de organizaciones terroristas de la Unión Europea es un “juego político”. “Nosotros pagamos impuestos en Dinamarca, y ese dinero sirve para financiar a las tropas que nuestro gobierno ha enviado a Iraq. Eso es terrorismo. Además, en Colombia hay un régimen que oprime a la población y tortura y mata a su gente”, señaló.

La canciller colombiana Carolina Barco calificó de “inaceptable” la promoción de los grupos terroristas y solicitó la adopción de “medidas ejemplares” al gobierno danés. “Si el fin de las camisetas es financiar a las FARC, esto es un delito”, advirtió.

Esta noticia se conoce casi un año después de que una ONG de ese país, llamada “Rebelión” (*Oprør* en danés), afirmara que había donado dinero a la organización subversiva. En virtud de una nueva ley antiterrorista en Dinamarca, las autoridades han pedido la apertura de dos procesos penales contra el vocero de Rebelión. La norma, aprobada en 2002, castiga hasta con 10 años de cárcel a quienes financien de manera directa o indirecta agrupaciones consideradas terroristas. // Fighters and Lovers asegura no tener vínculos con “Rebelión”.

* “Firma danesa vende camisetas para apoyar a las FARC y al FPLP”. Wikinoticias, 19-1-2006. En línea: http://s.wikinews.org/wiki/Firma_danesa vende_camisetas_para_apoyar_a_las_FARC_y_al_FPLP

Recuadro 2 Policía de Dinamarca emprende acciones contra firma que vende camisetas para apoyar a las FARC y al FPLP

Las autoridades de Dinamarca arrestaron a cuatro personas, además de inculpar a 7 más, por estar vinculadas a la firma Fighters and Lovers, que hace cerca de un mes anunció la venta de camisetas para apoyar a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y al Frente Popular para la Liberación de Palestina (FPLP), dos organizaciones declaradas terroristas por la Unión Europea. Las 11 personas pueden ser procesadas por apoyo al terrorismo, delito tipificado en el artículo 114A de la ley antiterrorista del país escandinavo, y podrían pagar una pena de máximo diez años de prisión.

Ove Dahl, inspector de la policía encargado de la investigación, declaró a la prensa que pudo constatar la venta de algunas camisetas por intermedio de la página web de la firma, pero dijo desconocer si alcanzó a girarles dinero a las organizaciones armadas. El sitio web de Fighters and Lovers fue cerrado.

El 19 de enero pasado, Fighters and Lovers anunció la venta de camisetas con los logos de las FARC y el FPLP, de la cual un porcentaje iba a ser destinado a financiar la radio clandestina de la primera y el taller gráfico de la segunda. Colombia envió una protesta formal a Dinamarca, cuyo Ministerio de Justicia encargó la investigación a la Policía*.

* “Policía de Dinamarca emprende acciones contra firma que vende camisetas para apoyar a las FARC y al FPLP”. Wikinoticias, 21-2-2006. En línea: http://es.wikinews.org/wiki/Polic%C3%ADa_de_Dinamarca_emprende_acciones_contra_firma_que vende_camisetas_para_apoyar_a_las_FARC_y_al_FPLP

Actividad 1

Para reflexionar

¿Qué debe primar en el caso del Recuadro 1: la libertad de vender las camisetas o el orden, entendido como la prohibición de apoyar a las organizaciones que los gobiernos definen como terroristas? Responda a partir de las tensiones entre libertad y orden explicadas en este capítulo.

La tensión entre libertad y orden

El caso de las camisetas refleja una tensión que subyace a todos los sistemas democráticos del mundo. Por una parte, es claro que una democracia debe garantizar la libertad de los individuos. Por ejemplo, debe existir un derecho a la libertad de expresión, en virtud del cual las personas puedan expresar sus creencias y convicciones. *Fighters and Lovers*, por tanto, tiene derecho a expresar sus preferencias políticas y a respaldar a un determinado grupo. Pero, por otra parte, también es claro que una democracia no puede proteger al mismo tiempo y en su máximo grado de expresión todas las libertades de los miembros de la sociedad, pues tenderán a chocar unas con otras.

Imaginemos otro caso: una actriz famosa ha sido fotografiada desnuda en una playa sin su consentimiento y ella se opone a la publicación de las fotos. Un conflicto de este tipo puede solucionarse, por lo menos, de dos formas. Primero, podríamos dejar que la actriz y el fotógrafo se las arreglen como puedan, permitir que sus libertades choquen y que los dos encuentren una solución. La actriz puede persuadir al fotógrafo con dinero o con argumentos de que no publique sus fotos; puede presionar a los periódicos para que rechacen las imágenes o aceptar que se publiquen. Cualquiera que sea el caso, lo que importa es que ellos dos dirimirán el conflicto sin la participación de un tercero.

Pero este proceder puede conducir a un resultado violento: la indignada actriz podría matar al fotógrafo o una revista podría usar sus influencias para publicar las fotos. Ante esta posibilidad, surge la segunda forma de solucionar el conflicto: acudir a un tercero, que probablemente será el Estado. De lo contrario, el conflicto podría derivar hacia el reino de la violencia, donde se impondrán las libertades del más fuerte. En pos de una convivencia ordenada, el Estado debe mediar en este tipo de conflictos y su intervención implicará una restricción de libertades: bien sea la de la revista, al prohibir la publicación de las fotos, bien sea la de la actriz, al permitir que se publiquen.

Estas dos opciones marcan una importante diferencia. Si el conflicto de libertades puede solucionarse sin la intervención del Estado, ¿cómo justificar la existencia de ese Estado y, sobre todo, cómo justificar que limite las libertades de la gente? Es difícil sustentar la existencia



Andrea Motta Rodríguez.

y mediación del Estado, ya que, si las personas pueden convivir ejerciendo sus libertades, ¿por qué habría de entrar un tercero a limitar la libertad que, precisamente, posibilita su convivencia?

Por el contrario, si consideramos necesaria esta mediación, debemos preguntarnos cuáles son los límites aceptables para la restricción de libertades impuesta por el Estado con el fin de solucionar un conflicto. Por ejemplo, podría parecernos justo que el Estado limite la libertad de expresión del periodista prohibiéndole publicar las fotos. Pero, nos resultaría excesivo que, con el pretexto de las fotos, el Estado cerrara el periódico y encaralara a sus periodistas. ¿Cuánta libertad deberíamos sacrificar para garantizar el orden?, ¿cuáles son los límites admisibles a la libertad para mantenerlo?

Muchas de estas restricciones conllevan un grave riesgo de arbitrariedad. El "orden" buscado puede ser injusto o totalitario. Cuando pensemos en restricciones a las libertades, no perdamos de vista el riesgo del totalitarismo. Recortar las libertades es uno de los recursos de los regímenes opresores para mantenerse en el poder. Esa fue una de las primeras decisiones del gobierno Nacionalsozialista en Alemania durante el Tercer Reich. Aduciendo que el incendio del edificio del Parlamento, ocurrido en 1933, era la prueba de que se fraguaba un complot comunista, los nazis justificaron su creciente control de la sociedad alemana. Ante la supuesta amenaza contra Alemania, el gobierno adoptó un decreto cuyo primer artículo establecía:

Los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la Constitución del Reich alemán se suspenden hasta nuevo aviso. Por tanto, es lícito restringir los derechos a la libertad personal, a la libertad de expresión, incluida la libertad de prensa, la libertad de organizarse y reunirse, la privacidad de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Órdenes de registro domiciliario, órdenes de confiscación, así como las restricciones a la propiedad, son también admisibles más allá de los límites legales prescritos.

Este es un ejemplo de los terribles riesgos que implica aceptar la restricción de ciertas libertades. Por una parte, la ausencia de un Estado mediador puede llevar a la violencia y al dominio de los más fuertes; por otra, la mediación del Estado supone la reducción de ciertas libertades, lo que podría abrir la puerta a restricciones injustificadas que

Reichsgesetzblatt

Teil 1

1933	Ausgegeben zu Berlin, den 28. Februar 1933.	Nr. 17

Inhalt: Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat. Vom 28. Februar 1933.

Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat. Vom 28. Februar 1933.

Auf Grund des Artikels 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur Abwehr kommunistischer Staatsgefährdender Gewalttätigkeiten beschlossen:

§ 1

Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung des Deutschen Reichs werden für ein weiteres Jahr außer Kraft gesetzt. Es sind daher Bestimmungen des verfassungsmäßigen Reichsgesetzes über freie Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungswesens, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegrafien- und Fernsprechwesen, Auszeichnungen von Ausländern und von Reichsangehörigen sowie Schenkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig.

§ 2

Werden in einem Lande die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen nicht getroffen, so kann die Reichsregierung insofern die Befugnisse der obersten Landesbehörde vorübergehend wahrnehmen.

§ 3

Die Behörden der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) haben den auf Grund des § 2 erlassenen Anordnungen der Reichsregierung im Rahmen ihrer Zuständigkeit Folge zu leisten.

§ 4

Wer den von den obersten Landesbehörden oder den ihnen nachgeordneten Behörden zur Durchführung dieser Verordnung erlassenen Anordnungen oder den von der Reichsregierung gemäß § 2 erlassenen Anordnungen Zuwiderhandelt oder wert in solcher Zuwiderhandlung aufgreift oder anreizt, wird, soweit nicht die Tat nach anderen Vorschriften mit einer schwereren Strafe bedroht ist, mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten oder mit Geldstrafe von 150 bis zu 15 000 Reichsmark bestraft.

Wer durch Zuwiderhandlung nach Abs. 1 eine gemeine Gefahr für Menschenleben herbeiführt, wird mit Gefängnis, bei mildernden Umständen mit Geldstrafe nicht unter sechs Monaten und, wenn die Zuwiderhandlung den Tod eines Menschen verursacht, mit dem Tode, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter zwei Jahren bestraft. Taten können auf Vermögensentziehung erkannt werden.

Wer zu einer gemeingefährlichen Zuwiderhandlung (Abs. 1) aufreißt oder anreizt, wird mit Gefängnis, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

§ 5

Mit dem Tode und die Verbrennung zu bestrafen, die das Strafgesetzbuch in den §§ 81 (Hochverrat), 229 (Mordbeihilfe), 307 (Brandstiftung), 211 (Totschlag), 312 (Vergiftung), 315 Abs. 2 (Verletzung von Eisenbahnanlagen), 224 (gemeingefährliche Vergiftung) mit lebenslangen Zuchthaus bedroht.

Mit dem Tode oder, sonst nicht höher eine schwere Strafe angedroht ist, mit lebenslangen Zuchthaus oder mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren wird bestraft:

- Wer es unternimmt, den Reichspräsidenten oder ein Mitglied oder einen Kommissar der Reichsregierung oder einer Landesregierung zu töten oder wer zu einer solchen Tatung aufreißt, sich erzieht, ein solches Verbrechen anzuhängen oder eine solche Tatung mit einem anderen verbindet;
- Wer in den Fällen des § 115 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs (schwerere Mordtätigkeit) oder des § 125 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs (schwerer Diebstahl) die Tat mit Waffen oder in bewaffneter und gewollter Zusammenkunft mit einem Verstorbenen begeht;
- Wer eine Freiheitsberaubung (§ 240) des Strafgesetzbuchs in der Weise begeht, daß bei der Freiheitsberaubung als Mittel ein politisches Stimmrecht zu bekräftigen.

§ 6

Diese Verordnung tritt mit dem Tage der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 28. Februar 1933.

Der Reichspräsident
von Hindenburg
Der Reichskanzler
Paul Dietrich
Der Reichsminister des Innern
Friedrich
Der Reichsminister der Justiz
Dr. Götter

Herausgegeben vom Reichsministerium des Innern. — Gedruckt in der Reichsdruckerei, Berlin.

Reichsgesetzbl. 1933 I 25

Decreto del incendio del Reichstag, norma legal emitida en Alemania el 28 de febrero de 1933.

instauran un Estado totalitario. La restricción de la libertad en nombre del orden puede conducir a la arbitrariedad; el sacrificio del orden en nombre de la libertad puede llevar a la violencia generalizada. Esta es la cuestión que plantea el escudo nacional de Colombia cuando proclama "Libertad y Orden". En realidad, no se trata de libertad y orden, sino de múltiples disyuntivas en diversos momentos en los que la sociedad debe decidir cuánta libertad está dispuesta a sacrificar por este orden y cuánto orden está dispuesta a sacrificar por esta libertad.



Libertad política y la defensa del Estado

En algunas ocasiones, el Estado limita ciertas libertades cuyo ejercicio, en su opinión, amenaza intereses y valores de la sociedad. Este es el caso de las camisetas de los Fighters and Lovers: el Estado considera que esa libertad de expresión debe limitarse, porque atenta contra el deseo de la sociedad de negarle todo apoyo a los llamados grupos terroristas. En tiempos de guerra exterior, a menudo se establecen medidas como estas, que constriñen las libertades de expresión y de circulación. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno colombiano (que estaba oficialmente en “estado de beligerancia” con Alemania) restringió la libertad de casi cien ciudadanos alemanes, y a partir de 1944, los internó en un campo de concentración en el Hotel Sabaneta, en Fusagasugá (Cundinamarca) durante dos años, pues los percibía como una amenaza.

El Estado toma muchas de estas decisiones en el marco de los estados de excepción¹. Como sabemos, hay situaciones en las que el Estado necesita poderes excepcionales para mantener el orden. En Colombia, esos poderes pueden ser invocados por el presidente en casos de guerra exterior, conmoción interna o emergencia económica, ecológica, etc., y su declaratoria está sujeta al control formal y material de la Corte Constitucional. Estas medidas extraordinarias pueden recortar ciertas libertades, y

estas restricciones pueden ser necesarias. En estado de guerra total con un país invasor, por ejemplo, el gobierno necesitará poderes extraordinarios para defender la existencia misma del Estado.

Pero aquí también enfrentamos el riesgo de la arbitrariedad. Precisamente, por ser excepcionales y permitir la restricción de las libertades, estos estados no pueden ser permanentes. Sin embargo, antes de la Constitución de 1991, Colombia vivió casi siempre bajo estado de excepción, el cual, por ejemplo, prevaleció durante 17 de los 21 años que transcurrieron entre 1970 y 1991. Tal vez el período de mayores restricciones a las libertades fue el de la presidencia de Julio César Turbay Ayala (1978-1982). En este cuatrienio, el gobierno y en especial las Fuerzas Armadas usaron el estado de excepción para ganar prerrogativas en la lucha contra la guerrilla. Reinaba la idea de que Colombia era un país en guerra y de que esta guerra era una emergencia y, como tal, justificaba la restricción de las libertades, consideradas un obstáculo para sobreponerse a la emergencia, es decir, para derrotar militarmente a la guerrilla.

Un caso como este desvirtúa la lógica de los estados de excepción y nos enseña que las causas y la duración de la restricción de las libertades son igual de importantes. Es razonable que, en un primer momento, la lucha contra un grupo armado que quiere derrocar al gobierno se considere una emergencia y justifique la limitación de ciertas libertades. Pero si esta situación se prolonga 20 ó 30 años, ¿continúa siendo una emergencia?, ¿se convierte en una nueva situación de normalidad? Una reducción de libertades admisible durante un período corto resulta inaceptable cuando se alarga en el tiempo, tanto más si no se define cuándo va a terminar.

¿Democracias intolerantes?

La restricción de la libertad en la defensa del Estado puede adquirir distintas formas. Como sabemos, uno de los principios básicos de una democracia es garantizar que se creen partidos políticos cuyo fin sea llegar al poder para transformar la política pública de acuerdo con la visión de los partidarios. La Constitución garantiza la libertad de asociación y de expresión de quienes tienen ideas similares, para que participen en la pugna democrática. Los liberales, por ejemplo, pueden formar un partido o una organización, ganar las elecciones y, una vez en el poder,

Actividad 2

Para investigar

Investigue sobre la reclusión de alemanes en Colombia en el Hotel Sabaneta de Fusagasugá y sobre el Decreto 2643 de 1943, que ordenaba su internación y prohibía el uso de la lengua alemana.

¿Cree que, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, los ciudadanos alemanes representaban un caso excepcional que justificara la limitación de la libertad? Justifique su respuesta teniendo en cuenta la tensión entre libertad y orden planteada en el capítulo.

¹ Véase el capítulo 6 “La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva”, por Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón.

Actividad 3

Para investigar

Actualmente existen límites temporales para los estados de excepción. Averigüe cuáles son esos plazos y qué razones los sustentan. ¿Está de acuerdo con dichos plazos y su justificación? En su respuesta, considere los estados de excepción que se prolongan por 20 ó 30 años, en particular, el conflicto armado.

implementar políticas liberales. Lo mismo sucede con el partido conservador, el ecológico, el verde, etc. En últimas, la idea es que la estructura institucional del Estado debe incluir la visión política de los ganadores en las urnas.

Sin embargo, algunas visiones no se proponen implementar políticas a través del Estado, sino desmantelarlo. Aquí la pregunta clave es: ¿debería una democracia garantizar la libertad de quienes buscan acabarla? La limitación de las libertades está en el meollo de esta cuestión, como en el de los casos que hemos discutido. Esta pregunta puede ser explorada, por lo menos, en dos sentidos: el de los movimientos electorales y el de los límites a la libertad de expresión. A continuación discutiremos cada uno de ellos.

En primer lugar, examinemos el desafío que le plantean los movimientos políticos extremistas a una democracia. Le sucedió a España con Herri Batasuna, el partido político vasco que se identificaba con la agenda política del grupo armado separatista Euskadi Ta Askatasuna (ETA), y le pasó después con Euskal Herritarrok y Batasuna, los dos partidos que heredaron las banderas del primero. Lo mismo ocurre en Alemania con el NPD, el partido neonazi más antiguo del país; y ocurrió en Turquía con el partido Refah, que quería subordinar el país a los fundamentos de un Estado confesional islámico. En estos casos, un partido político se propone implementar una ideología que amenaza la esencia misma del Estado donde opera, por lo que son percibidos como desafíos *esenciales*: el independentismo vasco contradice la unidad española; el nazismo contradice el espíritu de la Alemania que surgió después de la Segunda Guerra Mundial; el Estado confesional islámico contradice el laicismo de la Constitución

turca. Las restricciones que impone el Estado se entienden como reacciones defensivas.

Ante estos desafíos, Alemania ha procurado declarar ilegal el NPD, Turquía ha prohibido el Partido Refah y España, Herri Batasuna. En la decisión de restringir al máximo las libertades de los miembros de estos partidos, se manifiesta la idea de “democracia militante”², que se originó en los inicios del Tercer Reich en Alemania y plantea que las democracias deben contar con herramientas constitucionales para suspender las libertades de los miembros de los partidos radicales y salvarse a sí mismas y las libertades de los ciudadanos. En Colombia, existen varios grupos guerrilleros que han acudido a la violencia para subvertir el Estado y la Constitución. Las FARC y el ELN están prohibidas en Colombia, ambas son organizaciones ilegales.

La idea de democracia militante está íntimamente conectada con un concepto que se ha discutido en el curso de Constitución y Democracia: la dignidad humana. En efecto, la idea que subyace a la democracia militante es que no deben usarse los mecanismos constitucionales para acabar con la sustancia del orden constitucional, en la que residen valores inmodificables que deben defenderse ante la amenaza de cambio, aun si esa amenaza toma la forma de un partido político legal o de una reforma constitucional formalmente apropiada. El más importante de estos valores, cuya protección es el sustento

Actividad 4

Para investigar

Investigue sobre los anarquismos, es decir, sobre las corrientes políticas que tienen en común la propuesta de la renovación total del sistema político, incluyendo la destrucción de la democracia constitucional, tal como la conocemos. ¿Considera que las democracias constitucionales deben preservar el derecho de los anarquistas a manifestar sus ideas y constituirse como partido político? Responda a la luz de lo discutido sobre la libertad de expresión y los movimientos electorales.

2 Véase Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights”. *American Political Science Review*, 31, núms. 3-4 (1937): 417-432 / 638-658.

último de la defensa de la Constitución, no es otro que la dignidad humana. Todo cambio o partido político que atente contra ella será una amenaza existencial a la Constitución y, por tanto, podrían restringirse sus libertades.

Por supuesto, esta idea nos aboca a serios riesgos. La justificación de los límites a la libertad, en este caso, es que no todo vale: la Constitución garantiza las libertades, pero no es un pacto suicida. Sin embargo, el uso de estas técnicas trae consigo la semilla del desastre, pues su uso generalizado lleva a la destrucción de las libertades que buscan ser protegidas. ¿Hasta qué punto puede una democracia apelar a estrategias no liberales para proteger la libertad?

Un desafío similar se presenta en el contexto de la libertad de expresión, que, como hemos visto, debe ser amparada por la democracia. Pese a ello, en ocasiones, ciertos discursos pueden expresar opiniones contrarias a los valores democráticos fundamentales. Es lo que sucede con los llamados “discursos de odio” o “discursos discriminatorios”, a los que corresponden las manifestaciones racistas o aquellas que reflejan un desprecio por la igualdad de género, de raza o de condición sexual. Ante opiniones de este calibre, es posible limitar la libertad de expresión de quienes las emiten. En este caso, como en los que atañen a la democracia militante, la regla es que no todo vale: a pesar de que todos tenemos derecho a expresar nuestra opinión, en realidad sí hay opiniones más aceptables que otras y hay opiniones que simplemente no son válidas en una democracia, como las que exponen los discursos discriminatorios o de odio. Por tanto, pueden prohibirse.

Esta idea está plenamente aceptada: los tratados internacionales de derechos humanos obligan a los países a prohibir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia³. Colombia también ha adoptado a plenitud la prohibición de los discursos de odio. La llamada Ley Antidiscriminación (Ley 1482 de 2011) castiga con cárcel el hostigamiento que cause daño moral a una persona en razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual,

3 Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 20, num. 2); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13, num. 5); Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 4).

Recuadro 3

Discursos de odio protegidos en otros países

Los riesgos para la libertad y el libre debate público que conlleva la solución que se estudia aquí han provocado su rechazo en algunos países. En Colombia, en la mayoría de países de Europa y en el derecho internacional de los derechos humanos, la penalización del discurso de odio es aceptada. Pero no sucede lo mismo en otros países. Para la Corte Suprema de Justicia estadounidense, por ejemplo, los costos asociados a la prohibición de una opinión en sí misma, en términos de amplitud y pluralidad en el debate público, son excesivos para una democracia. Por tanto, Estados Unidos no penaliza el discurso de odio. En consecuencia, la Corte determinó que un grupo de racistas que quemaron una cruz frente a la casa de un afroamericano estaban protegidos por la garantía de la libertad de expresión y no podían ser castigados*. Más recientemente, esa misma Corte protegió a un grupo de fundamentalistas que lanzaron ofensivos epítetos sexuales en el funeral de un soldado y sostuvo que no podían recibir pena ninguna**.

* Supreme Court of the United States. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
** Supreme Court of the United States. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. (2011).

e impone una pena aún más severa si la discriminación se efectúa a través de un medio de comunicación. De igual forma, castiga con cárcel la difusión de ideas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del genocidio o el antisemitismo⁴.

En estos casos, el castigo no se deriva del riesgo en que se pone a las víctimas. No se trata, por ejemplo, de que, mediante opiniones homofóbicas, se incite a otros a

4 Esta polémica norma fue demandada por considerar que afecta el derecho a la igualdad, la libertad religiosa, de expresión, de enseñanza, entre otros. La sala plena de la Corte Constitucional dejó en firme la Ley Antidiscriminación en septiembre de 2014. El Alto Tribunal tomó esta decisión al declararse inhibida, argumentando que la demanda no fue presentada con argumentos contundentes.

Actividad 5

Para reflexionar

Lea la crónica “La noche de los neonazis criollos” y, a partir de lo estudiado en este capítulo, diga si el grupo Tercera Fuerza es hoy legal en Colombia. En su sustentación debe referirse, por lo menos, a los conceptos de “libertad” y “orden” planteados en la Constitución (arts. 19 y 20) y a la Ley Antidiscriminación.

* *Semana*, “La noche de los nazis criollos”. Nación, 23-4-2011. En línea: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-noche-nazis-criollos/238712-3>

agredir a un homosexual. Al contrario, se castiga la expresión misma. Pero, como sabemos, la democracia debería proteger la libre expresión de opiniones, no castigarla con cárcel. Ese es el desafío central que nos plantea esta situación: al penalizar los discursos de odio, así como cuando adopta la idea de democracia militante, el orden democrático decide que demasiada libertad es peligrosa y debe restringirse.

La libertad y la protección de la sociedad

En ocasiones, los Estados deciden limitar la libertad, no para proteger la democracia, como cuando se instauran los estados de excepción o se adopta la idea de la democracia militante, sino para mejorar a la sociedad. Este propósito puede implementarse, al menos, de dos formas: por una parte, las restricciones buscan proteger valores que el Estado considera indispensables para que la sociedad funcione de manera apropiada; por otra, las restricciones persiguen que las *personas* que conforman la sociedad mejoren. Analizaremos la primera forma de inmediato y más adelante nos ocuparemos de la segunda, que llamaremos *paternalismo*.

¿Cuáles son esos valores estimados a tal grado por el Estado que restringe las libertades para preservarlos? La respuesta depende del momento que vive la sociedad y de la distribución del poder dentro de ella. Es probable que sean los valores defendidos por los más poderosos o por las mayorías. En Colombia, por ejemplo, la Constitución protege a la familia por considerarla la unidad básica de la sociedad. Con base en este valor, la Corte

Constitucional decidió en su Sentencia C-404 de 1998 –y posteriormente, en la Sentencia C-241 de 2012– que la libertad sexual de dos adultos de incurrir en incesto debe limitarse para proteger el bien jurídico de la familia. Castigar con cárcel el incesto no es, según la Corte, contrario a la Constitución.

Es probable que exista un cierto consenso sobre la conveniencia de penalizar el incesto, pero una aproximación de este tipo también genera riesgos. Hay países, como Malawi, Kenia, Uganda (y, hasta 2003, algunos estados de los Estados Unidos) que consideran los actos sexuales entre personas del mismo sexo como un crimen, pues estarían en contradicción con la moral de la sociedad como un todo, según la conciben los Estados de esos países. Esa unidad podría verse resquebrajada por los actos privados de las personas.

Paternalismo

En otras ocasiones, el Estado limita la libertad, no para salvaguardar un interés de la sociedad, sino porque pretende protegernos de nosotros mismos. Estas medidas son llamadas “paternalistas” porque el Estado se comporta como un padre de familia que cree saber lo que es bueno para sus hijos y, por su propio bien, les prohíbe hacer ciertas cosas.

Quienes consideran que la libertad solo puede limitarse para proteger las libertades de otros o contrarrestar las amenazas al Estado, concebido como un todo, rechazan el paternalismo. El argumento clásico a favor de esta postura lo proporciona el británico John Stuart Mill (1806-1873) en su libro *Sobre la Libertad* (1859), donde sostiene que, al final de cuentas, nadie conoce mejor mis intereses

Actividad 6

Para discutir

¿Considera que dos adultos que tienen un vínculo de sangre cercano y tienen relaciones sexuales consensuales deberían ser castigados con cárcel o de cualquier otra forma? Revise los argumentos de las sentencias mencionadas (C-404 de 1998 y C-241 de 2012) y defienda una posición refutando con contraargumentos.

Actividad 7

Para discutir

Lea el texto y responda las preguntas.

Procurador apoya tumbar la Ley Antidiscriminación

El procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez, le solicitó a la Corte Constitucional declarar inconstitucional la Ley 1482 de 2011, la cual convierte en delito los actos de discriminación, al considerar que viola los derechos a la libre expresión y la libertad religiosa. El pronunciamiento de Ordóñez obedece al concepto emitido por el Ministerio Público en la demanda radicada ante el alto tribunal por el abogado Víctor Velásquez contra la Ley 1482 del 2011, la cual protege los derechos de personas, comunidades o pueblos que son objeto de actos de racismo o discriminación y convierte esta conducta en delito. Según el demandante “es inconstitucional llevar a la cárcel a las personas solo por expresar posturas ideológicas, religiosas o morales”. // El jefe del órgano de control precisó que “la norma demandada podría impedir que los padres de familia eduquen libremente a sus hijos, ya sean niños o adolescentes, a pesar de que esta es una libertad y un derecho que también se encuentra reconocido en la Constitución y en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos”. Además, cuestiona que se incluya como delito la discriminación por la orientación sexual en forma general y amplia*.

1. ¿Cree usted que una ley de ese tipo limita la libertad de los ciudadanos? Sustente su respuesta.
2. ¿Qué argumentos podrían darse a favor y en contra de la mencionada ley?
3. En su opinión ¿esta ley es inconstitucional?

* *El Universal*, “Procurador apoya tumbar Ley Antidiscriminación”. 25-2-2013. En línea: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/procurador-apoya-tumbar-la-ley-antidiscriminacion-110061>

Recuadro 4

Posible prohibición de gaseosas en Nueva York genera controversia*

“Los neoyorquinos necesitan un alcalde, no una niñera”, dice el anuncio que aparece ocupando una página entera del diario *The New York Times*, pagado por esa asociación [Asociación de Bebidas de Nueva York], creada en 1996 y que promociona la responsabilidad personal y la protección de la elección de los consumidores. // Bloomberg anunció esta semana que planea una ley que prohibiría la venta de bebidas refrescantes de gran tamaño y otras con alto contenido en azúcares en los restaurantes, cines y carritos callejeros para luchar contra la obesidad en la ciudad. // “Nanny Bloomberg tiene una extraña obsesión con meterse con lo que uno come”, dice el anuncio de la organización, en el que aparece un montaje fotográfico con el rostro del edil y la figura de una mujer mayor. [...] // El regidor justificó su iniciativa, que todavía tendrá que ser sometida a votación del consistorio a finales de mes y que de aprobarse entrará en vigor en marzo de 2013, en su preocupación por la salud pública de los neoyorquinos y la lucha contra la obesidad, considerada como un problema nacional. // La obesidad es una enfermedad que se vincula con problemas cardiovasculares, diabetes, cáncer y trastornos del sueño, entre otros problemas, y que según datos municipales afecta a un tercio de los neoyorquinos.

que yo mismo. Por tanto, si soy un adulto en posesión de todas mis capacidades y decido, por ejemplo, beber cinco litros de gaseosa al día, es porque pienso que eso me beneficia. De lo contrario, no lo haría. Para Mill y quienes siguen sus ideas, la máxima intervención posible del Estado es garantizar que todos tengamos la información suficiente (por ejemplo, los cálculos de calorías que aparecen en las latas de gaseosas) para decidir lo que más no conviene. Tras garantizar que se brinde tal información, el Estado debe retirarse de la escena, sin proponer prohibiciones como la de Nueva York.

Esta crítica al paternalismo es, a su vez, objeto de numerosos reparos. Aunque el paternalismo debe ser excepcional, algunos lo consideran necesario para limitar

La propuesta de Bloomberg contempla prohibir la venta de bebidas de ese tipo a partir del tamaño de 16 onzas o 464 mililitros, además de en los lugares citados, en otros muy habituales y populares de la ciudad en donde los neoyorquinos suelen comer a diario. Se trata de los 'delis' o restaurantes en que se venden bocadillos, ensaladas y comida fría, las franquicias de comida rápida (comida chatarra) e incluso los estadios deportivos. // En la prohibición quedarían incluidas desde las bebidas energéticas a los refrescos tipo soda o los té fríos azucarados. No lo estarían, sin embargo, las que tienen menos de 25 calorías, así como las aguas vitaminadas o el té sin azúcar, muy de moda entre los neoyorquinos y que contienen cero calorías. // La Asociación de Bebidas de Nueva York también se mostró crítica con los planes del alcalde y en un comunicado señaló que el Departamento de Sanidad de la ciudad "tiene de nuevo la insana obsesión de atacar este tipo de bebidas". Al tiempo rechazó la idea de que la obesidad en el país –que en 2010 afectaba a 2,4 millones de adultos– se pueda combatir "atacando a los refrescos".

SWC at English Wikipedia, Wikimedia Commons, the free media repository.



En la página web del Centro para la Libertad del Consumidor se critica que Bloomberg, de 70 años y con una fortuna personal valorada en más de 19.500 millones de dólares, según Forbes, "no tiene problema en tomarse dos cafés medianos en vez de uno grande si le apetece, pero de forma sorprendente cree que no reduce las posibilidades de elegir de los consumidores". // El millonario político, ya en su tercer mandato como alcalde de Nueva York, ha hecho de la salud pública una de sus prioridades y ya ha aprobado legislaciones restrictivas con prohibiciones como la de incluir las denominadas grasas 'trans' que aumentan el colesterol y se consideran altamente perjudiciales para la salud en las comidas de restaurantes en franquicia y de comida rápida**.

* AFP - *El Espectador*. Actualidad, 13-19-2012. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-374579-nueva-york-prohiben-venta-de-gaseosas-de-mas-de-medio-litro?>

** En junio de 2014, la Corte Estatal de Apelaciones de Nueva York decidió anular la política, argumentando que la medida excedía los poderes regulatorios de la autoridad que la adoptó.

conductas irracionales que pueden tener efectos graves e irreversibles para las personas⁵. Para esta línea de pensamiento, no siempre todos tenemos la capacidad de tomar decisiones racionales sobre nuestra vida, por lo que a veces necesitamos que alguien nos ayude a tomar la decisión correcta. El paternalismo, por supuesto, no debe aplicarse en todos los casos, pero si la decisión puede tener efectos nocivos y definitivos, no es ilógico que el Estado intervenga.

Ahora bien, al igual que en los tipos de restricciones a la libertad que hemos estudiado, el sueño paternalista de

5 Gerald Dworkin, "Paternalism", en Richard A. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law* (Belmont: Wadsworth, 1971).

Actividad 8

Para reflexionar

Considerando la noticia de Recuadro 5, si las gaseosas son legales, pero dañinas para la salud, ¿las personas deberían poder tomar cuanta gaseosa quieran o debería limitarse de manera sutil su libertad de hacerlo, por ejemplo, prohibiendo la venta de grandes volúmenes, como en este ejemplo?

Recuadro 5
Paternalismo libertario

El paternalismo ha experimentado un renacimiento bajo la forma de una versión “suave”, propuesta por los académicos estadounidenses Cass Sunstein y Richard Thaler, para quienes es legítimo que el Estado intente influenciar la conducta de la gente interviniendo el conjunto de opciones disponibles con el fin de garantizar que las mejores, según el punto de vista estatal, estén a disposición de todos y sean más accesibles que las peores. Sin embargo, y este es el factor “libertario” de su teoría, es necesario garantizar que las personas tomen la decisión última de aceptar o no la opción que el Estado privilegia y proteger su libertad de escoger la peor, a ojos del Estado. Por ejemplo, si la Universidad considera que es bueno para sus estudiantes comer más frutas que papas fritas, la cafetería puede exhibir las frutas en un lugar y un nivel privilegiados, de modo que sea inevitable verlas, y relegar las papas a un segundo plano. En consecuencia, es probable que los estudiantes prefieran las frutas a las papas fritas. En este caso, la Universidad es paternalista y procura influenciar a sus estudiantes, pero deja en sus manos la decisión final: si alguien *realmente* quiere comer papas fritas, solamente debe pedir las. Es natural que este tipo de estrategias nos resulten familiares: los supermercados las usan hace muchos años para incitarnos a comprar más. De ahí, la presencia de los chocolates en las cajas registradoras*.

* Cass Sunstein y Richard H. Thaler, *Un pequeño empujón* (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad (Madrid: Taurus, 2009); Richard H. Thaler y Cass Sunstein, “Libertarian Paternalism”. *American Economic Review*, 93, núm. 2 (2003): 175-179.

un Estado puede convertirse en una pesadilla para quienes no lo comparten o no pueden o no quieren cumplirlo. Existen, al menos, tres grandes riesgos. Primero, el Estado paternalista puede terminar negándoles a quienes considera “irracionales” o “incapaces” su capacidad para actuar y participar en la sociedad. Así mismo, el paternalismo siempre se arriesga a violentar dos importantes murallas que nos protegen en un Estado democrático: la

primera es la división entre la vida pública y la vida privada; la segunda es la división entre lo que es *deseable* y lo que es exigible de nosotros como ciudadanos.

Comencemos por el primer riesgo. Como vimos, el Estado paternalista y sus intervenciones se sustentan en la idea de que, en ocasiones, los ciudadanos toman decisiones irracionales o son incapaces de decidir por sí mismos. Sin embargo, muchas veces esta idea de “incapacidad” carece de fundamento y es solo el reflejo de los prejuicios de la sociedad. Por ejemplo, en Colombia las mujeres fueron consideradas incapaces hasta 1932; es decir, se les negaba la facultad de disponer de sus bienes y se les concedía esa potestad a sus esposos.

Así mismo, muchas veces el paternalismo bien intencionado puede marginar de manera radical a quienes desea proteger, por ejemplo, las personas en estado de discapacidad. Con frecuencia, se adoptan políticas para protegerlas, pero estas medidas impiden que su vida sea funcional. Por ejemplo, el Código Civil colombiano establecía que los sordomudos que no “pudieran hacerse entender por escrito” estaban incapacitados para celebrar negocios que tuvieran consecuencias jurídicas. Bajo el supuesto de que estarían en desventaja en el mundo de los negocios y podían ser estafados, el Estado resolvió protegerlos limitando su libertad para hacer negocios. Sin embargo, la norma margina aún más a sus supuestos beneficiarios y puede resultar extrema. En efecto, en la Sentencia C-983 del año 2002, la Corte Constitucional la juzgó contraria a la Constitución aduciendo que era posible que los sordomudos se explicaran por medios alternos a la escritura, es decir, que, pese a su estado de discapacidad, no era necesario protegerlos limitando su libertad para hacer negocios.

El segundo riesgo del paternalismo está relacionado con la vida privada. Una de las bases del Estado democrático es que las personas tienen derecho a un ámbito de intimidad en el que el gobierno no puede intervenir, por ejemplo, su vida sexual, sus antecedentes médicos o la privacidad de su hogar. Por supuesto, esta división puede favorecer atropellos: durante mucho tiempo, la violencia intrafamiliar y el abuso sexual del esposo contra la esposa fueron considerados asuntos privados, en los que la justicia no debía inmiscuirse. Este enfoque desamparaba a los miembros más vulnerables de la sociedad y contribuía a perpetuar los abusos de poder dentro del hogar.

A pesar de estos riesgos, la división entre la vida pública y la vida privada se mantiene, con el fin de garantizar que las personas gocen de su libertad en la intimidad. Pero el paternalismo puede sentirse autorizado para penetrar esa muralla. Al final de cuentas, si el Estado, actuando como un padre de familia, quiere convertir a sus ciudadanos en mejores personas, no tiene sentido que se detenga en las puertas de sus casas. Como vimos antes, algunos países penalizan los actos sexuales entre personas del mismo sexo como un crimen, bien sea porque los consideran una amenaza contra la moral de la sociedad, bien sea porque piensan que las personas necesitan ayuda para salvarse de su “debilidad”. En estos casos, el paternalismo justifica que el Estado intervenga la vida privada para proteger a las personas de sí mismas y hacer de ellas mejores ciudadanos. Al desconocer su facultad

Recuadro 6 Cualquier persona podrá denunciar la violencia intrafamiliar

La Representante a la Cámara, Gloria Stella Díaz, del Movimiento Político MIRA, celebró la sanción presidencial de la Ley 1542 de 2012, la cual busca que los delitos de violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria dejen de ser querellables. // Con esta iniciativa, de autoría de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer, a partir de ahora cualquier persona podrá denunciar este tipo de delitos y las autoridades pueden iniciar de oficio la investigación. Además de esto, no podrán desistir de la demanda y no serán conciliables. // Según cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal, para 2011, se reportaron 76.693 casos de violencia intrafamiliar. “Esta nueva ley permitirá evitar la impunidad de estos delitos, en especial la Violencia Intrafamiliar, que a la fecha registra más víctimas que el mismo conflicto armado”, señaló la Congresista. Díaz hizo un llamado a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer para que se empiece a hacer la difusión correspondiente de esta nueva ley que beneficia a las mujeres y a los niños y niñas de Colombia*.

* CongresoVisible.org. “Cualquier persona podrá denunciar la Violencia Intrafamiliar”. 6-7-2012. En línea: <http://congresovisible.org/agora/post/cualquier-persona-podra-denunciar-la-violencia-intrafamiliar/3841/>

Actividad 9 Para discutir

Aplique lo aprendido. Teniendo en cuenta lo estudiado hasta ahora en el capítulo, responda:

1. ¿Está de acuerdo con que cualquier persona pueda denunciar la violencia intrafamiliar?
2. ¿Está de acuerdo con que no se pueda desistir de la demanda y no sea un delito conciliable?
3. ¿Es esto un límite a la libertad de la víctima?

para escoger lo que más les conviene en su intimidad, el paternalismo se convierte en una amenaza contra la libertad.

El paternalismo también pone en peligro una segunda garantía de la democracia: la división entre lo deseable y lo exigible. Todos tenemos ideas de lo que sería deseable en nuestra sociedad, por ejemplo, que las personas fueran más educadas o que se respetara más a los ancianos. Intuitivamente, también sabemos que las cosas que nos puede exigir el Estado bajo la amenaza de un castigo difieren de las deseables. El criterio para distinguir unas de otras es, por lo general, que lo exigible está contenido en normas jurídicas y lo deseable, en normas sociales o religiosas. Es deseable, por ejemplo, que una persona deje de fumar; sin embargo, si el tabaco no está prohibido por la ley, no es posible que el Estado le *exija* a esa persona que no fume. Sin embargo, un Estado paternalista tiende a distorsionar esa distinción, convirtiendo lo deseable en lo exigible y creando normas jurídicas para producir esta transformación.

Libertad económica: propiedad privada

Como vimos en el ejemplo de los sordomudos, una faceta importante de nuestra libertad es la de hacer negocios, emplearnos y, en general, realizar actividades que generen ingresos, es decir, la libertad económica. Durante la Guerra Fría, período de oposición ideológica, política y militar entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, la cuestión de la libertad económica fue central: mientras que los primeros defendían, al menos en su retórica, una economía capitalista en la que cada cual tuviera la libertad de emprender los negocios que quisiera sin pedirle permiso al Estado, la

Unión Soviética era exponente de una economía central planificada, en la que el Estado (y no los individuos) definía qué actividades económicas debían realizarse, para cuyo desarrollo solía trazar planes quinquenales.

En realidad, ninguno de estos extremos se ha verificado en la práctica. En la Unión Soviética, había cierto comercio minorista en manos de particulares⁶, lo que significa que existía algún margen de libertad económica. Por su parte, en una economía capitalista, el Estado impone límites a la iniciativa privada, lo que significa que la libertad económica no es absoluta. Es decir, que en el campo de la libertad económica se presentan problemas muy parecidos a los que afectan la libertad política. Partiendo del hecho que vivimos en una economía de mercado, en la que se reconoce la libertad económica, la pregunta es ¿cómo puede limitarse la libertad económica en una democracia?

Tal vez, el concepto de propiedad privada ofrece el mejor escenario para desarrollar esta discusión. Quienes quieren darle gran importancia a la propiedad como forma de organizar la sociedad sostienen que la propiedad y la libertad están conectadas. Para ellos, la propiedad no es tan solo una relación con un objeto material, sino una manifestación de un valor humano superior: la libertad. Esta conexión puede hacerse, por lo menos, respecto de tres dimensiones:

En primer lugar, la propiedad, es decir, la relación que tenemos con una cosa que es *nuestra*, puede verse como un conjunto de libertades de hacer lo que decidamos con ese objeto. Por ejemplo, este libro de Constitución y Democracia es de su dueño porque él o ella tienen una relación con él que llamamos propiedad. Pero esa relación también puede verse como un atributo del dueño, que consiste en la libertad de prestarlo, leerlo, romperlo o subrayarlo, etc. Entonces, si la propiedad es un conjunto de libertades, las limitaciones a la propiedad lo son también a la libertad.

Al discutir los riesgos del paternalismo, vimos que la división entre el espacio público y el privado es una de las garantías centrales de la democracia. Lo mismo ocurre en este caso: el derecho de propiedad crea un espacio de privacidad y autonomía, en el que las personas gozan de libertad sin la intromisión del Estado. Así, el derecho

de propiedad que una persona tiene sobre su casa genera un recinto privado, en el que el dueño puede actuar con libertad.

Finalmente, la propiedad permite equilibrar el poder político y el poder económico. Según esta idea, propuesta originalmente por Milton Friedman, la propiedad separa el poder político, que está en cabeza del Estado, del poder económico, que está en cabeza de los propietarios. La propiedad protege la libertad porque limita el poder del Estado, considerado, desde esta perspectiva, como la fuente de las principales amenazas. Por tanto, es bueno que ciertas personas o corporaciones tengan mucho poder económico, porque ambas hacen contrapeso al poder político del Estado y limitan sus posibilidades de violentar las libertades de los ciudadanos.

Ahora bien, la idea de que la propiedad facilita nuestra libertad implica un riesgo significativo para la sociedad. Sabemos que las condiciones materiales de existencia son decisivas en la experiencia humana: al estudiar el Estado Social de Derecho, usted aprendió que la igualdad formal es insuficiente y que se requiere cierta igualdad en el acceso a las oportunidades para crear una verdadera sociedad igualitaria. Algo similar plantea la conexión entre la libertad y la propiedad. Por ejemplo, es más fácil ejercer la libertad de expresión si se tiene un periódico o disfrutar de la libertad de estudiar la carrera deseada si se tienen los recursos para pagar la universidad. Esto no significa que la propiedad sea el único medio para hacer efectiva la libertad; también existen mecanismos de intervención del Estado, como las becas y las universidades públicas. Pero es innegable que la propiedad incrementa la posibilidad de ejercer ciertas libertades. Piénselo a la inversa: sin propiedad, es más *difícil* ejercerlas. Este es el meollo del asunto: la propiedad favorece la libertad del propietario y dificulta la del que no lo es.

Actividad 10
Para investigar

- 1. ¿Qué es la función social de la propiedad?
Dé su opinión al respecto.
- 2. ¿Considera que se trata de un límite a la libertad?
Sustente a partir de lo aprendido en este capítulo.

6 Véase Peter Maggs, "The Security of Individually-Owned Property Under Soviet Law", *Duke Law Journal* (1961): 525-537.



Magnolia Prada Rivas.

No es que la propiedad sea necesariamente contraria a la libertad: como hemos visto, en gran medida la protege. Sin embargo, su distribución en una sociedad, es decir, que algunos tengan más dinero que otros, que unos sean dueños de los medios de comunicación y otros no, etc., puede conducir a que unos sean, en la práctica, más libres que otros.

Este problema se refleja, por ejemplo, en la idea de que la propiedad genera un espacio de intimidad para el ejercicio de la libertad, como, por ejemplo, la casa para su dueño. Si bien esto es cierto, también lo es que la privatización de todos los espacios conduce a que el ejercicio de nuestras libertades quede en manos de sus propietarios. En efecto, la realización de muchas libertades, como la de asociación o expresión, implica un espacio público en el que podamos ver y ser vistos por otros, conversar e interactuar. Estas libertades no tienen sentido en la intimidad de nuestro cuarto, donde nadie puede vernos ni escucharnos. En estos casos, la propiedad privada puede ser un obstáculo para la libertad. Este riesgo es especialmente patente en nuestra vida *on-line*. Los espacios donde nos expresamos virtualmente, como Facebook, Twitter, los chats o las redes sociales son, en realidad, propiedad privada. Allí encontramos a nuestros amigos, interactuamos con ellos y nos podemos movilizar políticamente. No hay, hasta el día de hoy, en estricto sentido, un “espacio público” en Internet equivalente a una plaza en una ciudad.

Este riesgo muestra la otra cara de la idea de Milton Friedman, según la cual la propiedad privada balancea el poder del Estado y facilita la libertad. En el mundo actual,

muchas veces el poder está concentrado en manos privadas. La mayoría de los proveedores de nuestros servicios esenciales, como la educación, la salud, el gas, el aseo público, la telefonía celular, Internet, etc., son particulares. De hecho, hay corporaciones que tienen más dinero que los Estados: en 2011, los ingresos anuales de Apple (65 mil millones de dólares) superaron el producto interno bruto de Ecuador (58 mil millones de dólares). A diferencia de lo dicho por Friedman, no solo el Estado, sino también los particulares amenazan nuestra libertad, por lo que es necesario limitar el poder de ambos. Sin embargo, la protección incondicionada de la propiedad privada podría reforzar esta acumulación de riqueza y de poder.

Si la propiedad garantiza nuestra potestad de usar a nuestro libre albedrío una cosa, las limitaciones del Estado a la propiedad equivalen a restricciones a nuestra libertad. Sin embargo, cuando la concentración de fortuna y el poder amenaza el ejercicio de la libertad, las limitaciones a la propiedad pueden propiciar la libertad de quienes no son propietarios.

Actividad 11

Para reflexionar

1. Pensando en Monopolio, el juego de mesa de Parker Brothers, ¿qué pasaría si el Banco pudiera comprar las propiedades?
2. ¿Cree usted que es posible mantener la libertad económica sin libertad política?

Actividad 12

Para reflexionar

1. ¿Cree usted que tiene derecho de propiedad sobre su mascota?
2. ¿Qué límites podría tener su derecho?

Explíquese a partir de lo que aprendió en este capítulo sobre el derecho a la libertad.

Recuadro 7

Las corridas de toros y la función ecológica de la propiedad

Algunos elementos de nuestra discusión sobre la propiedad están presentes en la fórmula de la “función social de la propiedad”, adoptada por nuestra Constitución, cuyo artículo 38 dice en parte: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. Esta noción fue usada por la Corte Constitucional en su análisis de la exequibilidad de las normas que permiten las corridas de toros y las peleas de gallos en Colombia; esto es, cuando, a través de la sentencia C-666 de 2010, decidió si tales normas violaban la Constitución.

La Corte usó varios argumentos para resolver el caso. Lo que nos atañe de esta decisión es que el Tribunal subrayó que los animales (y, en particular, los toros y los gallos de pelea) son, en últimas, propiedades. Sin embargo, los seres humanos no tenemos libertad de hacer con ellos lo que queramos. La Corte establece un límite interno a nuestro derecho de propiedad y a nuestra libertad: en la medida en que los animales hacen parte de la fauna y, por tanto, del ecosistema, tenemos el deber de administrarlos de manera sostenible. Dijo la Corte, haciendo referencia a una decisión anterior:

En lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, la Corte advirtió, para lo cual resaltó la influencia y cambios que la Constitución de 1991 imprimió en nuestro estatuto civil de 1887, que la misma es la respuesta del constituyente para enfrentar el “uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera”.

No hay que olvidar: el nuevo paradigma de organización política conlleva la imposición de restricciones a las libertades individuales, v. gr. el derecho de propiedad, mediante la determinación de condiciones para la apropiación y disfrute de los recursos naturales. La ecologización de la propiedad está precedida por el cambio radical del concepto absoluto de propiedad privada previsto en el Código Civil y consiste en la superación del carácter individual de tal derecho para, en su lugar, establecer el conjunto de limitaciones necesarias para salvaguardar, conservar y restaurar un medio ambiente sano*.

Es importante notar que el argumento del Tribunal no es que los animales tienen derechos o libertades que constituyen un límite *externo* a la libertad del propietario. Por el contrario, la idea de la Corte es que la función ecológica de la propiedad es un límite *interno*, es decir, que está inscrito en su naturaleza, así no se considere que los animales tienen derechos. Por tanto, la Corte encontró que es legítimo limitar la propiedad sobre los animales y, en consecuencia, exigir al propietario que se preserve a los animales contra el dolor y el sufrimiento durante las corridas. No obstante lo anterior, la Corte consideró que las corridas podían mantenerse “en aquellos municipios [...] en los que sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida”**.



Diseñado por Freepikes

* Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

** Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Glosario

Capitalismo. Régimen económico basado en el predominio del capital como elemento de producción y creación de riqueza, sin que apenas intervenga el Estado.

Paternalismo. Tendencia a aplicar en las relaciones sociales políticas, laborales o económicas las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional.

Propiedad privada. Derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias (Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Material de apoyo

Videos y documentales

- *Fighters + Lovers*. Presentation. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=ifstONNzNEQ>
- *Exiliados en exilio* (Rolando Vargas). Este documental remueve los recuerdos de lo vivido en el pequeño Hotel Sabaneta, donde fueron recluidos los personajes que el gobierno colombiano consideraba “peligrosos” para la seguridad nacional. Pero ¿qué hay detrás de un discurso político? Este documental se interesó en las historias de vida, en cómo sus protagonistas sobrellevaron la dificultad de ser alemán, japonés o italiano en la primera mitad de los años cuarenta en Latinoamérica. En línea: <http://vimeo.com/23408584>
- “Aquí el problema es con quién va usted a la cama”. Debate sobre el matrimonio igualitario entre Armado Benedetti y Hernán Andrade. Dos Puntos con Rodrigo Pardo. RCN. En línea: http://www.canalrcnmsn.com/noticias/aqu%C3%AD_el_problema_es_con_quién_va_usted_la_cama

Referencias bibliográficas

Dworkin, Gerald. "Paternalism". En Richard A. Wassers-
trom (ed.), *Morality and the Law*. Belmont: Wadsworth,
1971.

García Villegas, Mauricio. "Un país de estados de ex-
cepción". *El Espectador*, 10-11-2008.

Klein, Naomi. *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster
Capitalism*. 1 ed. Nueva York: Metropolitan Books/Hen-
ry Holt, 2007.

Loewenstein, Karl. "Militant Democracy and Funda-
mental Rights". *American Political Science Review* 31,
núms. 3-4 (1937): 417-432 / 638-658.

Maggs, Peter. "The Security of Individually-Owned
Property Under Soviet Law". *Duke Law Journal* (1961):
525-537.

Sunstein, Cass y Richard H Thaler. *Un pequeño empu-
jón (nudge): El impulso que necesitas para tomar las
mejores decisiones en salud, dinero y felicidad* (Madrid:
Taurus, 2009).

Thaler, Richard H. y Cass Sunstein. "Libertarian Pater-
nalism". *American Economic Review*, 93, núm. 2 (2003):
175-179.

La libertad personal

Ricardo Posada Maya

Libertad
habeas corpus Estado
justicia



Objetivos de aprendizaje

- Conocer y comprender el concepto de libertad personal e identificar sus límites básicos.
- Entender las formas de restricción de la libertad y las excepciones a la reserva judicial, en especial la flagrancia y las retenciones temporales.
- Identificar los principios que componen este derecho fundamental y las acciones para su protección, en especial el *habeas corpus*.
- Ampliar la comprensión del papel de la democracia al limitar el poder del Estado y proteger a los individuos de la arbitrariedad.



Guía de estudio

En este capítulo se analizarán los aspectos fundamentales y la jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre la libertad personal*. Luego de la introducción, primero se expondrá el derecho a la libertad física, abordando no solo su concepto, sino sus principales excepciones. Así, se estudiarán los temas relativos a la privación de la libertad personal, con sus formas e implicaciones; se explicará la figura constitucional del *habeas corpus*, acción que por excelencia busca proteger y garantizar el goce de este derecho; y, finalmente, y a lo largo del texto, se propondrán casos hipotéticos que buscan que el estudiante sea consciente de la aplicación práctica de los diferentes principios y normas existentes sobre la libertad.

* Dice al respecto Luigi Ferrajoli que, “en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos: [...] son el fruto de opciones y expresión de necesidades históricamente determinadas, y sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos”. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 945.

Introducción

Gozar de libertad y, en caso de haber cometido comportamientos ilegales, ser sometido de manera clara, justa, equitativa y previsible ante una justicia pública e independiente, son derechos humanos de innegable valor social y político, previstos en los tratados internacionales más importantes sobre la materia y ratificados por Colombia. Por ello la Corte Constitucional los ha clasificado como derechos fundamentales. Esto quiere decir que, cuando estos son afectados por las autoridades públicas o por particulares¹, los ciudadanos pueden exigir su cumplimiento mediante mecanismos constitucionales como la acción de tutela o el *habeas corpus*. Solo el Estado tiene la facultad legal de privar a las personas de su libertad, facultad que en principio no tienen los particulares y que solo se puede ejercer dentro de estrictos límites legales, por las razones y mediante las formas previamente definidas por la Constitución y la ley. En un Estado de Derecho, el Estado tiene el monopolio soberano de la violencia para cumplir con sus fines, lo que incluye la facultad para privar de la libertad a las personas en ejercicio de la facultad de castigar o *ius puniendi*.

Los derechos constitucionales de las personas no son propiedad de alguna ideología particular y tanto la “izquierda” como la “derecha” políticas, si son democráticas, reclaman su protección y defensa para sí mismas y para sus oponentes. Estos derechos son barreras jurídicas infranqueables² que en un Estado Social de Derecho democrático buscan evitar la arbitrariedad de los servidores públicos y de los particulares en ejercicio de sus competencias y actividades. Su función es proteger a todas las personas, sin importar su ideología ni su comportamiento.



Paula Tatiana Mejía Sepúlveda.

1 Catalina Botero Marino, *La acción de tutela*, vol. 2 (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 181-201.

2 Sobre este derecho, véanse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas, del 21 de noviembre de 2007, serie C, núm. 170, párr. 58; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, del 29 de agosto de 1988, serie C, núm. 170, párr. 147 y ss., entre otras.

Derecho a la libertad personal o física

El derecho a la libertad ha sido definido como la facultad de todo individuo de conducirse de un modo u otro, sin que nadie interfiera de manera arbitraria, violenta o ilegal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley³. Este derecho posee múltiples matices, entre los cuales están la libertad física y de locomoción por todo el territorio nacional, salvo que existan razones de orden público para restringirla de manera necesaria, proporcional y razonable. Esto quiere decir que *en principio* todas las personas en el territorio colombiano son libres de vivir sus vidas de acuerdo con su propio criterio (autonomía y libre desarrollo de la personalidad), y solo si violan las normas vigentes este derecho puede ser restringido o limitado de acuerdo con los procedimientos, competencias y términos regulados en la ley.

La Constitución Política reconoce la libertad como un derecho humano inalienable del que gozan por igual todas las personas en Colombia, con independencia de su nacionalidad, raza, sexo, etnia, religión, opción e identidad sexual⁴. Así, el artículo 13 establece que todas las personas nacen *libres*, lo que traduce un desarrollo significativo del principio de dignidad humana y el fin de la esclavitud legal. El derecho a la libertad planteado de forma afirmativa se complementa en sentido negativo con la expresa prohibición constitucional de la desaparición forzada, la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas en todas sus posibles manifestaciones, lo que incluye las modernas formas de explotación invisibles⁵.

En principio, en nuestro sistema jurídico todas las personas pueden hacer lo que deseen, salvo aquello que les esté expresamente prohibido por la ley. Por su parte, los servidores públicos, en razón de su función, solo pueden hacer lo que les esté expresamente ordenado y permitido. Es importante subrayar que la libertad de los individuos termina donde comienza la posibilidad lícita de los demás a ejercer la suya. La libertad individual no es un derecho absoluto, pues, de serlo, limitaría la opción de las demás personas a ejercerla para promover sus

3 Corte Constitucional, Sentencias C-634 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1024 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
4 Constitución Política de Colombia (arts. 93, 94, 100). Véase Corte Constitucional, Sentencia C-238 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
5 Constitución Política de Colombia (arts. 12 y 34).

Actividad 1 Para discutir

Lea los siguientes casos y responda las preguntas.

- **Caso 1.** Pedro sale del banco y es privado de su libertad por unos hombres armados que exigen 50 millones de pesos por su liberación. Al no ser cancelado el rescate, Pedro es “vendido” a un grupo insurgente.
- **Caso 2.** Andrés, de 20 años, sin libreta militar, es capturado en una redada del Ejército Nacional y detenido durante varios días en el batallón de infantería de la respectiva jurisdicción militar.
- **Caso 3.** Variante del caso 2: Andrés estaba inscrito en el Ejército y se encontraba en condición de remiso.

¿Cómo se viola el derecho fundamental a la libertad en estos tres casos?, ¿considera que en el caso 3 hay legítima restricción a la libertad?

derechos constitucionales y legales. El derecho a la libertad puede ser restringido en circunstancias excepcionales y preventivas, previamente definidas por el legislador siguiendo las directrices trazadas por la Constitución y para proteger valores constitucionales superiores.

Una última precisión: las autoridades de la república están instituidas para proteger los derechos y bienes jurídicos de las personas (Constitución Política, art. 2), entre ellos, el derecho fundamental constitucional a la libertad y seguridad personales. Por tanto, cualquier persona capturada y detenida adquiere un estatus de dependencia del Estado, el cual se convierte en el garante de su seguridad personal.

En este capítulo se estudia la libertad personal entendida como el derecho de los individuos a no ser retenidos en contra de su voluntad por el Estado o por los particulares, sin que exista un motivo para ello. Se pondrá especial atención en las excepciones y las circunstancias en las cuales las personas pueden ser retenidas. En primer lugar, el capítulo presenta la potestad que tiene el legislador de adoptar leyes que permitan la restricción de la libertad en general –o principio de reserva legislativa– y la potestad que tienen los jueces de ordenar la privación

de la libertad de individuos determinados –o principio de reserva judicial.

Privación de la libertad por decisión del Congreso o de los jueces: reservas legislativa y judicial

Desde un punto de vista constitucional, la restricción a la libertad personal es objeto de dos estrictas reservas: una de carácter legislativo y otra de carácter judicial. En cuanto a la *reserva legislativa*, el Congreso de la República es la única instancia competente para definir, mediante leyes, las causales, los motivos, la duración y los límites para restringir la libertad de los ciudadanos⁶. Esta facultad no es absoluta, pues se debe ceñir a los valores y principios constitucionales que justifiquen y legitimen intervenciones violentas en la autonomía y libertad de las personas⁷. Así, los ciudadanos solo pueden ser detenidos dentro del marco de la Constitución y la ley (principio de legalidad) y los funcionarios públicos no pueden crear, a su antojo, causales para privar de la libertad a las personas ni tampoco restringirla por cuestiones irrelevantes.

Los tratados internacionales, ratificados por Colombia, han regulado ampliamente la materia, y desde luego se incluyen en el bloque de constitucionalidad⁸. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas dice: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella”⁹, mientras



Pedro Elías Castañeda Quilián.

que la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, o Pacto de San José, señala: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

En cuanto a la reserva judicial, solamente las autoridades judiciales, es decir, los jueces penales, pueden privar a una persona de su libertad cuando ello sea razonable, racional, proporcional y necesario, de acuerdo con la lesión o el peligro que represente para los derechos ciudadanos y siempre que se cumplan ciertas formalidades, que se explicarán más adelante¹⁰. De este modo, si “la libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante”¹¹, resulta evidente que las autoridades administrativas, es decir, las que pertenecen a la Rama Ejecutiva, como la Policía y el Ejército, tienen prohibido imponer de manera directa o indirecta sanciones privativas o correctivas de la libertad. Asimismo, tienen prohibido ordenar capturas de naturaleza administrativa, esto es, por decisión propia, sin que medie una orden judicial que cumpla con todos los requisitos legales. Por ejemplo, las autoridades de policía tienen vedado aplicar penas de

6 Constitución Política de Colombia (art. 28). Véanse, de la Corte Constitucional, las Sentencias C-163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1198 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-622 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-580 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-716 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y el Salvamento de Voto de la Sentencia C-232 de 2002.

7 Corte Constitucional, Sentencias C-1056 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-634 de 2000 y T-1625 de 2000. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. R. Posada Maya, “El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio”, *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 15 (2008).

9 Sobre la protección de la libertad, véanse: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9 y 11); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 7 y 12); Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (art. 12). Y el Salvamento de Voto de la Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2004. De hecho, la Corte ha dicho que la libertad se debe interpretar conforme a los derechos humanos, en Sentencias C-774 de 2001 y C-1056 de 2004.

10 Constitución Política de Colombia (arts. 28 y 250); Corte Constitucional, Sentencias C-879 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-187 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-1056 de 2004 y C-549 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011.

arresto por la comisión de faltas administrativas, pero sí pueden imponer sanciones de naturaleza económica, como multas¹². Precisamente, para la Corte Constitucional “la prolongación de la competencia en manos de las autoridades de policía vulnera los derechos a la libertad y el debido proceso”¹³. La única excepción legítima es la captura en flagrancia, que se explica más adelante, pero aun en este caso la autoridad de policía tiene un término preciso de máximo 36 horas para poner al detenido a disposición de un juez penal en función de control de garantías.

Cuándo puede el Estado privar de la libertad a una persona

La privación de la libertad solo procede en la forma y en los casos previstos expresamente en la Constitución o la ley¹⁴, en particular en las leyes penales y de policía¹⁵. La Constitución (art. 28) dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”¹⁶.

La legislación parte del principio de la presunción de inocencia, en virtud de la cual se supone que todos los ciudadanos son inocentes y deben ser tratados, estimados y reconocidos como tales, hasta que no quede en firme la decisión judicial definitiva que los declara culpables o responsables¹⁷. De esta manera, la privación de la libertad de una persona solo es posible de modo ordinario en dos casos: cuando hay una orden de captura expedida por un

juez o cuando se captura a una persona cometiendo un delito. Ambas situaciones se exponen a continuación¹⁸.

Privación de la libertad con orden de captura

En una primera hipótesis la orden de captura se expide antes del juicio penal, cuando el juez penal considere que la persona puede ocultar pruebas o evitar comparecer ante las autoridades. En estos casos la orden la emite un juez penal en función de control de garantías. La orden se debe emitir en audiencia pública, a petición de un fiscal, e indicar a las autoridades competentes que procedan a la captura de una persona por la posible comisión de una conducta criminal grave. La orden debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Primero, la orden debe ser escrita¹⁹ y expresar de forma clara y breve los motivos legales por los cuales el juez penal ordenó privar al sujeto de su libertad.
- Segundo, la orden judicial debe estar basada en la ley e indicar en qué norma se basa²⁰.
- Tercero, la orden judicial debe identificar plenamente a la persona a capturar, incluyendo el nombre, la cédula de ciudadanía, los datos del capturado, el delito por el cual se investiga, la fecha de los hechos y el número de su proceso.
- Por último, la orden debe indicar claramente los datos de la Fiscalía delegada que solicitó la orden de captura y del juzgado competente que la ordena.

Para que un juez penal expida una orden de captura, el fiscal debe presentar evidencia que permita inferir que el procesado ha participado de alguna manera en un delito como autor, determinador o cómplice. Por ejemplo, el fiscal debe presentar informes de la policía judicial, declaraciones juramentadas de testigos o de informantes, elementos probatorios o evidencia física (armas, drogas, muestras de sangre o ADN, fotos, videos o documentos, etc.) que lo comprometen con el crimen²¹. Incluso con orden judicial, para que la aprehensión física sea legal, las autoridades deben cumplir con una serie de garantías

12 Corte Constitucional, Sentencias C-176 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1024 de 2002, C-530 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-628 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara y C-626 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2002.

14 Ley 74 de 1968 (art. 9): “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias”.

15 Corte Constitucional, Sentencias C-239 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-163 de 2008, C-479 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-347 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-1056 de 2004, C-730 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1001 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-831 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis y Aclaración de Voto C-720 de 2007.

16 Véase Código de Procedimiento Penal (art. 2, subrogado. L. 1142 de 2007, art. 1; art. 7 y 295.

17 Constitución Política de Colombia (art. 29).

18 G. Martínez Rave, *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*, 13 ed. (Bogotá: Temis, 2006), 329 y ss.

19 Corte Constitucional, Sentencias C-1024 de 2002 y C-1001 de 2005. CIDH, *Gangaram Panday vs. Suriname*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994, Sentencia C, núm. 16, párr. 47.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2012.

21 Código de Procedimiento Penal (arts. 221, 297 y 308).

fundamentales para con la persona detenida (véase Recuadro 1 sobre derechos del capturado).

- En primer lugar, le deben respetar su derecho a la dignidad, integridad y autonomía personales. Ello supone la prohibición expresa a las autoridades de ejercer actos de violencia innecesaria, infligir tratos crueles, inhumanos, degradantes o discriminatorios, ejercer tortura o causar lesiones durante la detención o con posterioridad a esta.
- En segundo lugar, inmediatamente la persona sea detenida, le deben comunicar sus derechos en un idioma que comprenda.

La retención transitoria la pueden realizar las autoridades de policía en los casos indicados en el Código de Policía, sin que medie orden judicial y sin que se pueda extender por más de 24 horas. Por ejemplo, para aclarar la identidad de la persona cuando existan sospechas, para protegerla de sí misma o de los demás en situaciones de disturbio, como sería una amenaza de linchamiento, o por estar conduciendo un automóvil en situación de

intoxicación. La detención solo procede en circunstancias extraordinarias dispuestas por ley y no se puede extender por más de 36 horas.

Todo capturado debe ser presentado ante un juez penal para que este decida si lo detiene o lo libera provisionalmente, por ejemplo, porque la captura se hizo de forma ilegal, o es innecesaria o desproporcionada. Es decir, la captura debe ser legalizada.

En una segunda hipótesis la orden de captura puede ser posterior a una condena en un juicio. En este caso, el juez penal ordena capturar al condenado para que purgue su pena, con el propósito específico de que la sanción impuesta en la sentencia condenatoria se haga efectiva. Dicha condena extingue la presunción de inocencia. Sin embargo, el capturado conserva el derecho a no ser maltratado.

Existen cuatro excepciones legales a la reserva judicial, requisito de que medie la orden de un juez penal para aprehender a un sujeto: a) captura en flagrancia, b) captura en procedimientos de interdicción marítima²², c) captura para fines de extradición²³ y d) captura excepcional²⁴. Para los propósitos académicos del presente

Recuadro 1 Derechos del capturado

1. Derecho a ser informado del hecho por el cual está siendo capturado, los motivos que justifican la restricción y el número de la fiscalía delegada que solicitó la orden captura.
2. Derecho a no ser incomunicado y a dar cuenta de su detención, inmediatamente se produce, a un familiar, amigo, conocido, abogado u otro.
3. Derecho a no autoincriminarse ni incriminar a su núcleo familiar* y a guardar silencio, pues todo lo que diga puede ser utilizado en su contra en un juicio.
4. Derecho a ser asistido por un abogado defensor de confianza o de la defensoría pública y a entrevistarse con él en privado, en el menor tiempo posible.

* Constitución Política de Colombia (art. 33): "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero [o compañera] permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad [primos], segundo de afinidad [cuñados] o primero civil" (corchetes agregados). Recuerdese que toda manifestación del capturado puede ser utilizada en su contra en la investigación y en el juicio.

22 Código de Procedimiento Penal (art. 298, par. 2). Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2012.

23 Constitución Política de Colombia (art. 35, mod. A. L. 1 de 1997, art. 1); Código de Procedimiento Penal (arts. 506 a 511). Corte Constitucional, Sentencias C-1106 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-700 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-233 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y A. 233 de 2009. Específicamente, la Sentencia C-243 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, afirma lo siguiente: "A diferencia de la captura ordenada para asegurar la comparecencia de la persona a un proceso penal común y que está sometida al control de legalidad a cargo del juez de control de garantías, la orden de captura con fines de extradición hace parte de un trámite administrativo destinado a poner a disposición del Estado requirente a una persona para que adelante un proceso penal en su territorio y bajo su jurisdicción, todo con reconocimiento y respeto por la soberanía del solicitante, teniendo como fundamento los principios de colaboración, solidaridad, como también el de confianza legítima y mutua en las relaciones entre Estados".

24 Constitución Política de Colombia (art. 250, núm. 1, inc. 3): "La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes"; Código de Procedimiento Penal (art. 300, Modificado por la Ley 1142 de 2007, art. 21); Corte Constitucional, Sentencias C-730, C-799. M.P. Jaime Araújo Rentería y C-1001 de 2005, C-190 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería, C-185 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: "Ello solo procederá cuando en el respectivo municipio no exista un juez penal que pueda tomar la decisión de ordenarla, siempre y cuando el fiscal: 1) tenga evidencia para inferir la autoría o participación criminal del procesado, 2) exista

capítulo solo se abordará la explicación del primer escenario, esto es, de la captura en flagrancia, por ser la más usual en nuestro país.

Privación de la libertad en flagrancia

La Constitución señala que cualquier persona puede llevar ante un juez a quien fuera sorprendido cometiendo un delito, es decir, en flagrancia²⁵. La flagrancia existe cuando el sujeto es sorprendido incurriendo en delito, lo que permite la aprehensión inmediata del criminal por parte de cualquier persona (particular o autoridad pública) y obliga a esta a ponerlo a disposición inmediata de las autoridades judiciales o, de lo contrario, se estaría cometiendo un delito de secuestro o una privación ilícita de la libertad, según sea el caso²⁶. Habrá flagrancia en los siguientes cinco eventos²⁷:

- Cuando el delincuente sea sorprendido y aprehendido durante el acto criminal o inmediatamente después del hecho, con elementos que lo incriminen.
- Inmediatamente después de cometer el delito, cuando haya sido perseguido por la propia víctima o por los agentes de seguridad del Estado, o cuando haya sido reconocido por testigos.
- Cuando el delincuente es sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas que indican que acaba de cometer un delito o que ha participado en él.
- Cuando el delincuente es sorprendido e individualizado cometiendo un delito en un sitio público y ha sido grabado por cámaras de video. Se requiere que el sujeto sea capturado inmediatamente después del hecho.
- Cuando el delincuente se encuentra en un vehículo que usa para huir del lugar donde cometió el crimen.

un motivo fundado respecto a la necesidad y proporcionalidad de la medida como, por ejemplo, la posibilidad de fuga inminente, 3) haya agotado de manera diligente la búsqueda de un juez. La medida queda condicionada a la posibilidad del acceso al juez, 4) proceda ésta conforme a la ley”

25 Constitución Política de Colombia (art. 32).

26 En este caso el secuestro se configurará cuando quien captura al criminal es un particular que mantiene al detenido privado de la libertad sin acudir inmediatamente ante las autoridades competentes. En caso de que quien ejecuta la captura es un policía y no acude ante el juez penal inmediatamente, se configurará el delito de privación ilícita de la libertad salvo que lo interne en un sitio diferente a aquellos que el Estado dispone para tales fines, pues en tal caso también incurrirá en un delito de secuestro.

27 Código de Procedimiento Penal (arts. 301 y 302). En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *compárense* las Sentencias C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-730 y C-237 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, C-1056 de 2004.

Actividad 2

Para reflexionar

Lea estos casos y responda la pregunta. Justifique su respuesta.

- **Caso 4.** Pedro es capturado por agentes de la policía por un delito de violación, y custodiado en una estación de policía. Hasta allí llega la turba que intenta lincharlo y le causa lesiones, sin que los agentes lo impidan.
- **Caso 5.** Sebastián es capturado por el secuestro de un menor de edad, quien termina en poder de un miembro de la banda. Los agentes de la autoridad le causan daño y dolor para obtener información sobre el paradero del secuestrado.
- **Caso 6.** Jorge es capturado por la policía judicial, la cual hace uso excesivo de fuerza y le causa lesiones de poca consideración.

¿Qué irregularidades se presentan en cada uno de los casos expuestos?

Por ejemplo, después de atracar un banco o atropellar a una persona, siempre y cuando haya tenido conocimiento del delito.

Privación de la libertad

Detención preventiva privativa de la libertad personal²⁸

Una vez la persona ha sido capturada en cualquiera de las formas legales descritas²⁹ o ha sido puesta a disposición

28 Las medidas de aseguramiento no se agotan en la detención preventiva del sujeto, ya que hay otras medidas, como la casa por cárcel. Además, el juez puede conceder al condenado la libertad provisional (Código de Procedimiento Penal, arts. 317, mod. L. 1453 de 2011, art. 27 y mod. L. 1760 de 2015, art. 4°, donde se afirma que “las causales de libertad provisional son: cumplimiento de la pena, absolución, terminación anticipada o preclusión, principio de oportunidad, acuerdos con la Fiscalía y vencimiento de términos” y art. 318) o la sustitución de la detención por otra medida alternativa (Código de Procedimiento Penal, arts. 307 adic. L. 1760 de 2015, art. 1° y 314, mod. L. 1142 de 2007, art. 27) a la detención o por detención domiciliaria (Código de Procedimiento Penal, art. 314, mod. L. 1142 de 2007, art. 27).

29 Código de Procedimiento Penal, art. 299, mod. L. 1142 de 2007, art. 20.

Actividad 3

Para reflexionar

Analice los siguientes casos y diga si hay o no flagrancia y por qué.

- **Caso 7.** Pedro hurta un celular en la carrera séptima de Bogotá y huye. Ante las voces de alarma de los transeúntes, se esconde, pero es descubierto y aprehendido media hora después de los hechos.
- **Caso 8.** Rodrigo queda registrado en las cámaras de seguridad del sector donde vende papeletas de bazuco. De la central de cámaras avisan a la Policía, que al llegar al lugar confirma con testigos que efectivamente Rodrigo es quien vende bazuco. Sin embargo, al requisarlo no encuentran en su posesión ninguna papeleta con esa sustancia.
- **Caso 9.** Antonio es capturado saliendo de su casa, con la ropa manchada de sangre. Al ingresar a la vivienda encuentran a Tomás muerto a puñaladas.
- **Caso 10.** Carlos, soldado profesional, se enfrenta en combate con el guerrillero Pedro y, tras reducirlo, lo aprehende por rebelde. Su propósito es ponerlo a disposición de las autoridades de policía más cercanas, que están a varios días de camino.
- **Caso 11.** Esteban, miembro de la Policía Nacional, efectúa una requisa a un bus de transporte público en una zona de frontera y encuentra tres maletas con armas y drogas. Todos los pasajeros niegan ser los dueños de las maletas y Esteban los detiene*.

* Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 1996.

de las autoridades carcelarias (Instituto Penitenciario y Carcelario - Inpec)³⁰, tiene el derecho constitucional a que su captura sea legalizada o regularizada por otro juez de control de garantías, independiente e imparcial,

30 Código de Procedimiento Penal, art. 304, mod. L. 1142 de 2007, art. 23; mod. L. 1453 de 2011, art. 58. Recuérdese que en los centros penitenciarios no se puede retener a las personas sin los requisitos legales o luego de las 36 horas, sin que la situación jurídica del capturado se haya legalizado. De hacerlo, el director de la respectiva cárcel cometerá el delito de detención arbitraria especial (Constitución Política de Colombia, art. 176).



Marcela Velásquez

diferente al que ordenó la captura³¹. Para poder ejercer el derecho a la defensa, el segundo juez deberá verificar que la captura no obedeció a un abuso de autoridad o a una vía de hecho (acto arbitrario o por fuera de la ley). Por disposición constitucional, la verificación deberá realizarse en un término no mayor a 36 horas contadas a partir del momento de la captura³². Si este tiempo es superado, la persona puede pedir a un juez que ordene su libertad de forma inmediata (véase p. 218. sobre *habeas corpus*).

Si el segundo juez penal de control de garantías decide que la captura se hizo conforme a la ley y que se justifica, le corresponde a la Fiscalía decidir si le solicita al juez³³ que la persona permanezca en la cárcel durante el juicio, mediante una medida de aseguramiento privativa de la libertad, con el fin de garantizar la comparecencia del procesado, la preservación de las pruebas o la protección de la comunidad y de las víctimas³⁴. Si la Fiscalía no puede probar la necesidad de la detención, o la retención no procede conforme a la ley, la persona debe quedar en libertad (provisional o definitiva) hasta que se decida el proceso judicial. Esta diligencia, así como todas las otras que se lleven a cabo a lo largo del juicio, requieren la presencia del abogado defensor de la persona capturada³⁵.

31 Código de Procedimiento Penal, arts. 2, 297, parr. 2, mod. L. 1142 de 2007, art. 19, 298, par. 1 y 308.

32 Corte Constitucional, Sentencias C-185 y C-163 de 2008, C-805. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y 580 de 2002, T-212 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Código de Procedimiento Penal, Art. 307 ad. L. 1760 de 2015, art. 1, especialmente los parágrafos 1 y 2.

34 Constitución Política de Colombia (art. 250, núm. 1, inc. 1).

35 Código de Procedimiento Penal (arts. 2, 306 mod. L. 1453 de

Actividad 4

Para reflexionar

Lea estos casos y responda la pregunta. Argumente.

- **Caso 12.** Una mujer, deprimida por haber perdido a su hijo en el parto, entra a un hospital y se roba a un recién nacido. A los pocos días es capturada, pero el juez considera que la mujer no representa un peligro para la víctima o la sociedad.
- **Caso 13.** Un juez dicta medida de aseguramiento preventivo contra un concejal implicado en el carrusel de los contratos en Bogotá. El juez considera que el procesado representa un peligro para la sociedad y lo justifica en los siguientes términos: “Una obra mal ejecutada, con materiales deficientes, pone en riesgo la seguridad y la vida de la comunidad”.

¿Cree o no que en los casos anteriores resulta procedente y necesaria la medida preventiva de aseguramiento?

Para garantizar los propósitos de la investigación y proteger a la sociedad y a las víctimas, en todo caso, debe tenerse en cuenta que se trata de una retención provisional y preventiva al comienzo de un proceso judicial. Dicha restricción no es una pena.

Si desaparecen los motivos que justificaron la privación de la libertad de una persona en un centro carcelario, en ciertos casos puede cambiarse la medida de aseguramiento por reclusión domiciliaria, por el sistema de vigilancia electrónica o por ambas. También se pueden imponer medidas no privativas de la libertad o, incluso, revocar la detención y conceder al procesado (imputado o acusado) la libertad provisional. Naturalmente, lo excepcional de las medidas de aseguramiento personal supone que la detención siempre sea transitoria, por lo cual, vencidos los plazos previstos en ley, sin que haya

avanzado el proceso judicial de manera razonable, por negligencia del Estado, el procesado tiene derecho a recuperar su libertad como presunto inocente, siempre que él o su abogado no hayan dilatado el procedimiento judicial en contra de la justicia.

Condena a la privación de la libertad

Distinta a la detención preventiva es la pena. Esta trata de la consecuencia jurídica más grave que impone un Estado de derecho por incurrir en delito. Sin embargo, se debe advertir que existen múltiples clases de penas³⁶, dentro de las cuales se hallan las privativas de la libertad, como la prisión en centro penitenciario o domiciliaria y el arresto de fin de semana, que comportan regímenes especiales de detención bajo la vigilancia y protección del Estado y, en particular, del poder ejecutivo³⁷. A diferencia de la medida de aseguramiento o detención preventiva, la pena, como sanción judicial, busca proteger bienes jurídicos, prevenir delitos futuros y castigar al procesado –cuando lo merece y es necesario–, una vez haya sido condenado en juicio público e imparcial y un juez declare su culpabilidad o responsabilidad. Se requiere, entonces, desvirtuar por completo la presunción de inocencia del sujeto.

Otras formas de restricción del derecho a la libertad

Retención administrativa de carácter preventivo por sospecha fundada

Este tipo de detención se limita a las aprehensiones transitorias para garantizar la seguridad y el orden público. Es muy corta y su principal fundamento son las razones objetivas que tenga la autoridad para sospechar que se ha cometido o se está cometiendo un crimen, más allá de la simple sospecha o prejuicios.

Retención transitoria en protección propia o de terceros en comandos de la policía

En casos muy excepcionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha facultado a las autoridades de policía a

2011, art. 59), 307 y ss. Procedencia de la detención (art. 313, mod. L. 1453 de 2011, art. 60). En caso de que la Fiscalía no solicite la detención preventiva, podrá hacerlo subsidiariamente el representante de las víctimas del delito. Este tipo de medidas no operan para personas aforadas, como aquellas que tengan estatus diplomático o pertenezcan a la ONU, y siempre que el hecho haya ocurrido en desempeño de sus funciones (Corte Constitucional, Sentencia C-863 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

36 Constitución Política de Colombia (arts. 34 y ss).

37 La pena privativa de la libertad puede ser moderada mediante instituciones procesales que se denominan “subrogados penales”, dentro de los cuales se advierten la *suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional*; o a través de instituciones penitenciarias, como las rebajas por trabajo, estudio y enseñanza, entre otras.



Cárcel de mujeres El Buen Pastor, en Bogotá.

Recuadro 2

Motivos para privar de la libertad a una persona de forma preventiva

De acuerdo con la Sentencia C-479 de 2007, la ley penal y la jurisprudencia constitucional, los motivos deben ser expresos, claros, precisos y unívocos. Para que un juez ordene que una persona sea privada de la libertad, además de considerar que el delito es objetivamente grave, es imprescindible que:

- La conducta de la persona ponga en peligro la seguridad de la comunidad y especialmente la de la víctima, su familia o sus bienes*.
- Exista riesgo de que la persona no comparezca al proceso judicial**.
- Haya motivos para creer que la persona podrá destruir, ocultar o deformar las pruebas o entorpecer la investigación o el juicio mediante técnicas dilatorias o desleales***.

* Se trata de la conducta realizada y no de un “juicio futurista” sobre el sujeto, haciendo una valoración sobre la posible continuidad del comportamiento criminal contra los derechos de las víctimas o la sociedad, o por su vinculación a organizaciones criminales. También es viable deducir la peligrosidad del comportamiento del procesado a partir del número de delitos que este haya cometido o cuando el sujeto ha cometido el delito grave estando detenido o en libertad provisional. En cualquier caso, no basta, para alegar la “peligrosidad”, que el sujeto haya realizado comportamientos delictivos previos o que se trate de un procesado reincidente. Al respecto véase Corte Constitucional, Sentencia C-549 de 1997.

** Código de Procedimiento Penal, art. 310 mod. L. 1760 de 2015, art. 3°.

*** Código de Procedimiento Penal (art. 309).

efectuar retenciones transitorias de la libertad en sus instalaciones, como medidas de protección personal, respecto de aquellos sujetos que resulten transitoriamente incapaces de valerse por sí mismos (menores, trastornados, ebrios, etc.) y no quieren ser acompañados a su domicilio o que están en una situación de grave, notoria y violenta exaltación que pueda implicar que la persona, mediante un comportamiento agresivo o descontrolado, se haga daño o ponga en peligro la vida, la integridad o los bienes de terceros.

Esta medida debe resultar necesaria, es decir, ser la última opción después de haber acudido a otras soluciones alternativas como, por ejemplo, la expulsión de la persona del establecimiento público o su conducción al domicilio. También debe ser proporcional, lo cual se traduce en que obedezca a razones graves, ciertas y serias, ajenas a la arbitrariedad de las partes. La retención debe terminar cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida. La retención no podrá superar las 24 horas y en ningún caso la persona pierde el derecho constitucional a interponer el derecho, garantía y acción de *habeas corpus*, que se explicará más adelante.

Restricción transitoria como acto de seguridad y de control del orden público

En un Estado Social de Derecho democrático, las autoridades de policía deben contar con herramientas que les permitan combatir la criminalidad y prevenir la comisión de conductas delictivas, respetando siempre los derechos

Actividad 5

Para reflexionar

Lea estos casos y responda la pregunta.

- **Caso 14.** Andrés es capturado y se le encuentran tickets aéreos para salir del país, con el fin de evitar un proceso judicial.
- **Caso 15.** Pedro contrata testigos falsos que lo ayuden a inculpar y a condenar a Juan, su peor enemigo.

¿Cuál debería ser el razonamiento del juez para imponer medida de aseguramiento en los anteriores casos?

Actividad 6

Para reflexionar

Lea estos casos y responda la pregunta. Explique.

- **Caso 16.** Andrés, en alto estado de embriaguez, amenaza con violentar a su expareja con quien se encuentra en un restaurante. No ha sido posible expulsar al sujeto del lugar y todos los comensales se sienten en peligro.
- **Caso 17.** Una persona con problemas mentales ingresa a un supermercado y comienza a insultar a quienes no le dan monedas. Los vigilantes lo requieren y se retira del almacén, pero continúa pidiendo limosna a las afueras del lugar. Un peatón llama a la policía.

¿Cree procedente que la Policía efectúe retenciones transitorias?

humanos³⁸. Por tanto, pueden ejecutar retenciones materiales momentáneas para verificar la identidad de las personas, establecer si son requeridas por la justicia o si portan armas de fuego sin salvoconducto, estupefacientes u otros elementos prohibidos. Estas restricciones transitorias deben ser razonables y proporcionales en cada caso.

Consecuencias y acciones de protección

¿Qué hacer cuando una persona es privada de su libertad de forma ilegal? Hay que tener presente que la privación de la libertad sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales es un delito. En principio, si se trata de un particular, se estará en presencia de un delito de secuestro, y si se trata de una autoridad pública, judicial o administrativa, se tratará de una detención ilegal o de una prolongación ilícita de la privación de la libertad. También será una prolongación ilícita de la privación de la libertad cuando no se legalice la correspondiente captura dentro del estricto término de 36 horas. En estos casos, la

38 Así lo indica el Código Nacional de Policía (art. 2), cuando señala que “A la Policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas”.

persona afectada cuenta con dos tipos de solicitudes o recursos judiciales que puede hacer a un juez:

Recursos ordinarios

La ley procesal penal prevé recursos ordinarios dentro de un proceso judicial para que el mismo funcionario (recursos de reposición) o su superior (recurso de apelación) reconsideren y valoren la medida privativa de la libertad o la negativa de conceder la libertad.

Habeas corpus

Cuando los recursos ordinarios no surten la protección efectiva deseada o la detención ya no está dentro del curso legal de un proceso y se está violando la ley, el artículo 30 de la Constitución prevé la garantía y derecho del *habeas corpus*³⁹, especial para los casos de detención ilegal. El *habeas corpus* es la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos⁴⁰. Por esto, además de un derecho fundamental que no puede ser abolido por la ley, es una acción especial y excepcional diseñada para proteger al individuo de las actuaciones ilegales de las autoridades públicas, judiciales o administrativas. La acción puede ser ejercida por nacionales o extranjeros que consideren que al capturarlos les violaron las garantías constitucionales o que crean que la privación de su libertad física se ha prolongado de manera ilegal⁴¹. Cuando se interponga este recurso, el juez deberá resolverlo en un término máximo

39 Este recurso es regulado por la Ley 1095 de 2006 (D. O. núm. 46.440 del 2 de noviembre de 2006) y reconocido ampliamente en los tratados internacionales (L. 74 de 1968: 25 de enero de 2007 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, nums. 3 y 4, y L. 16 de 1972; Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH, art. 7, nums. 5 y 6 y 25). El artículo 25 de la CADH dice textualmente: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...] 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

40 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 539.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-1081 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Actividad 7

Para investigar

Lea este caso y responda la pregunta.

- **Caso 18.** El Ejército y la Policía organizan una batida en la vía que de Medellín conduce a Bogotá, para verificar la identificación y los antecedentes de las personas que pasan por el lugar. Andrés es requerido y retenido dentro de su automóvil, mientras verifican su identidad, la legalidad de los documentos del vehículo e indagan si tiene órdenes de captura vigentes.

¿Es legal esta retención?

de 36 horas⁴² y, si el juez omite, retarda o deniega la revisión del *habeas corpus*, cometerá un delito⁴³.

La interposición del *habeas corpus* puede ser personal, mediante un abogado o a través de otra persona (padres, hermanos, cónyuge o compañeros permanentes, etc.), sin que se requiera de un poder notarial o del consentimiento del sujeto privado de la libertad, en cualquier tiempo y ante cualquier autoridad judicial competente del lugar de los hechos. Se trata de un derecho que no se puede suspender, aun cuando el gobierno decreta un estado de excepción⁴⁴. A diferencia de la acción de tutela, el *habeas corpus* no es de naturaleza preventiva, porque requiere un daño real, cierto y persistente. Por ello, esta acción prevalece frente a la acción de tutela, que resulta un mecanismo residual o excepcional cuando se presente una vía de hecho al resolver el *habeas corpus*⁴⁵.

42 Corte Constitucional, Sentencia 010 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

43 Constitución Política de Colombia (art. 177).

44 Constitución Política de Colombia (arts. 114 y ss).

45 Constitución Política de Colombia (art. 86). Corte Constitucional, Sentencias C-010 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, C-301 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-718 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-212 de 2006, T-054 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis. La Corte Constitucional no tiene competencia para revisar las decisiones tomadas al tramitar un *habeas corpus*: Corte Constitucional, Autos 106 de 2007, 116 de 2007 y 117 de 2007. Otras Sentencias de la Corte Constitucional son: la T-749 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra y la T-1315 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, cuando la vulneración a la libertad es cometida por un particular, no es viable interponer el *habeas corpus* y solo procede la denuncia penal ante las autoridades judiciales pertinentes por el delito de secuestro.

Consideraciones finales

El derecho a la libertad, tal y como se ha explicado en este capítulo, ha sido el fruto de numerosas luchas legales por limitar el poder del Estado y proteger a los individuos de su arbitrariedad. “Frente al enorme poder del Estado, en particular, frente al poder de sancionar del aparato penal, el derecho a la libertad, con sus reglas, es la única defensa que tienen las personas. Sin libertad, la democracia sería tiranía. Este derecho busca que cada uno pueda hacer lo que desee con las limitaciones que imponen los derechos de los demás, la Constitución y la ley, e incluye el derecho a que la libertad no sea interferida de manera violenta o arbitraria por el Estado o por terceros. La optimización de este derecho fundamental debe ser una realidad y comienza por conocerlo, para poderlo exigir y hacerlo respetar.

Actividad 8

Para investigar

Lea los casos y responda la pregunta. Explique.

- **Caso 19.** Juan decide internar forzosamente a su tío rico en un sanatorio mental, para quedarse con su fortuna.
- **Caso 20.** Al ser sorprendido hurtando el radio en un vehículo automotor, un sujeto es golpeado excesivamente por la policía. El sujeto es capturado en flagrancia.
- **Caso 21.** Con la excusa de ser muy peligroso, la directora de un ancianato no deja salir a los ancianos, incluso a los que tienen movilidad y están lúcidos.

¿Qué irregularidades se presentan en cada una de las situaciones? Identifique en qué casos se configura una detención ilegal, una prolongación ilícita de la libertad o un secuestro, y en cuáles no.

Glosario

Detención preventiva. Medida cautelar de naturaleza personal que impone un juez de control de garantías a una persona que ha sido imputada de un delito, con el fin de que comparezca al proceso judicial, se proteja a la comunidad o a las víctimas, se preserven las pruebas y se evite cualquier obstrucción a la justicia. Dicha medida solo se puede imponer cuando resulte necesaria y proporcional, teniendo en cuenta la gravedad de delito y los fines de la investigación.

Flagrancia. Se presenta cuando un delincuente es sorprendido e individualizado* en la comisión de un delito; también cuando es sorprendido con instrumentos, huellas u objetos de los que se deduzca con fundamento la reciente comisión de este. La consecuencia de la flagrancia es que el presunto delincuente puede ser capturado por cualquier persona y puesto a disposición inmediatamente o en el término de la distancia de la Policía o la Fiscalía.

Habeas corpus. Garantía constitucional, derecho fundamental y acción especial mediante la cual un juez custodio determina, en un plazo máximo de 36 horas, si una persona ha sido privada de la libertad violándole las garantías constitucionales. Puede ser interpuesta ante cualquier autoridad judicial, sin mayores requisitos legales, por cualquier persona que crea que ha sido detenida ilegalmente.

Orden de captura. Autorización judicial solicitada por la fiscalía y emitida por un juez penal en funciones de control de garantías en forma escrita, para que la policía judicial prive de la libertad a una persona presuntamente autora o partícipe de un delito y la ponga a disposición de otro juez, dentro del término perentorio de 36 horas.

* La individualización hace referencia a las características morfológicas de la persona capturada. Es distinto de la identificación, que ocurre con el documento de identificación (cédula de ciudadanía, etc.), aunque también es un término referido a la pena.

Material de apoyo

Videos, películas y documentales

- *Doce años de esclavitud* (Steve McQuenn, 2013). “Basada en un hecho real ocurrido en 1850, narra la historia de Solomon Northup, un culto músico negro que vivía con su familia en Nueva York. Después de tomar una copa con dos hombres, Solomon descubre que ha sido drogado y secuestrado para ser vendido como esclavo en una plantación de Luisiana. Solomon contempla cómo todos a su alrededor sucumben a la violencia y a la desesperación. Pero él decide no rendirse y espera a que llegue el momento oportuno para recuperar la libertad y volver con su familia. Ganadora del Oscar 2013 a mejor película, mejor guión adaptado y mejor actriz de reparto” (Filmaffinity).
- *La noche de los lápices* (Héctor Olivera, 1986). “En septiembre de 1976, durante los primeros meses de la dictadura militar argentina, siete adolescentes de la ciudad de La Plata son secuestrados, torturados y asesinados a raíz de sus protestas por el aumento del boleto estudiantil. El film relata estos sucesos desde la voz y presencia de su único superviviente” (Filmaffinity).

Referencias bibliográficas

Becaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2000.

Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal, Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6 ed., vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Borrero Restrepo, Gloria María et al. "Observatorio ciudadano del sistema penal acusatorio". En G. M. Arrubla et al., *Sistema acusatorio y jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez / Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

Botero Marino, Catalina. *La acción de tutela*. Vol. 2. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2011.

Calamandrei, Piero. *Fe en el derecho*. S. Calamandrei (ed.), P. A. Ibáñez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. 2 ed. S. S. Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2010.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Fleming, Abel y Pablo López Viñals. *Garantías del imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. Bogotá: Siglo XXI, 1984.

Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. 2 ed. Bogotá: Ibáñez, 2006.

Londoño Jiménez, Hernando. *Derecho procesal penal*. Bogotá: Temis, 1982.

_____. *Tratado de derecho procesal*. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1989.

_____. "El niño que hurtó un juguete". En Hernando Londoño Jiménez, *Yo acuso*. Bogotá: Leyer, 1996.

López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. 1. Navarra: Aranzadi, 2012.

Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*. 13 ed. Bogotá: Temis, 2006.

Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez. *Derecho procesal penal*. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Posada Maya, Ricardo. "El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio". *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 15 (2008).

_____. "Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano". En Javier Llobet Rodríguez y Douglas Durán Chavarría (comps.), *Política criminal en el Estado Social de Derecho*. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José de Costa Rica: Jurídica Continental, 2010, 539-571.

Poveda Perdomo, Alberto y Abelardo. Poveda Perdomo. *Hábeas corpus, vías de hecho y proceso penal*. Bogotá: Ibáñez, 2011.

Pedraza Jaimes, Miguel Ángel. *La detención preventiva en el sistema acusatorio*. Bogotá: Andrés Morales, 2010.

Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

Vargas, Álvaro. *La Fiscalía General de la Nación, desde el "sueño de la mariposa"*. Ibagué: Forum Pacis, 1988.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá: Temis, 1987.

_____. *Derecho Penal. Parte general*. Medellín: Comlibros, 2009.

El debido proceso

Ricardo Posada Maya

“La justicia no es abstracta. Es física como el pan. Fresca, diáfana y sencilla, como el agua en la tinaja de barro. Colectiva como es el aire y debiera ser el trabajo. No es celestial, para repartir infierno. Es tierra, cuyos cielos son las realizaciones humanas de cada quien”
J. Guillermo Escobar Mejía H, “Ça ira”, *Nuevo Foro Penal*, 27 (1985), 6 y ss.

Debido proceso impunidad
imparcialidad
legalidad **favorabilidad penal**
 presunción de inocencia
doble instancia



Objetivos de aprendizaje

- Reconocer los problemas básicos que se desprenden de los casos propuestos y aplicar, para su solución, los conceptos expuestos en el texto.
- Conocer y comprender el concepto de debido proceso con todas las garantías e identificar sus límites básicos.
- Identificar los principios que componen el derecho al debido proceso y las acciones para su protección.
- Ampliar la comprensión de la noción de impunidad a partir del conocimiento del derecho al debido proceso.
- Entender que el derecho al debido proceso contribuye a lograr una administración de justicia transparente e imparcial, que aboga por la igualdad y la dignidad humana.



Guía de estudio

El presente capítulo busca explicar al estudiante el concepto, la composición y la aplicación práctica del derecho fundamental al debido proceso. Se inicia con una ilustración general de los principios que gobiernan los procesos judiciales en Colombia, tales como legalidad, favorabilidad penal, derecho de todos los ciudadanos a contar con un juez independiente e imparcial, así como ciertas garantías constitucionales, como la presunción de inocencia y el derecho a la doble instancia. A lo largo del texto se expondrán casos cortos en los que se evidencian algunas de estas disposiciones, lo que ayudará a percatarse de las aplicaciones prácticas y cotidianas que abarcan el derecho al debido proceso.

Introducción

Uno de los mejores ejemplos de la barbarie judicial colombiana fue descrito por Hernando Londoño Jiménez en su columna “El niño que hurtó un juguete”, publicada en el periódico *El Colombiano*, en la que señala:

Que una patrulla de la policía militarizada, armada de ametralladoras se convierta en tropa de asalto para llegar a la tranquila morada de un niño de cinco años y capturarlo, es no solo un acto de la más depravada barbarie humana, sino también el más villano de los ultrajes morales a la inocencia infantil. Pero más se acrecienta la iniquidad de la soldadesca cuando después de torturarlo psicológicamente con sus inquisitivos interrogatorios, se lo llevaron a sus cuarteles de infamia y deshonor donde siguieron atormentándolo por espacio de hora y media, para que confesara haber hurtado en la vecindad un juguete y unas luces de navidad. Ya conseguida su cobarde victoria sobre el niño amedrantado y despavorido, lo llevaron como un trofeo ante los tribunales. Eran cinco años de inocencia caminando quien sabe en medio de qué clase de criminales con uniformes de autoridad. Para completar el nefando viacrucis, el juez que se encargó de su causa lo sometió por tres ocasiones a crueles y desalmados interrogatorios que culminaron haciéndolo firmar con su huella digital la monstruosa diligencia en que lo escarmentaba severamente¹.

Por casos como el descrito, el sistema jurídico colombiano fue ampliamente reformado por la Constitución Política de 1991 con el fin de introducir los derechos humanos como principios superiores del ordenamiento jurídico², convirtiéndolos en instrumento para la solución racional de las controversias sociales. Uno de los principios incorporados fue el derecho al debido proceso con todas las garantías, concebido no solo para castigar a los responsables de violar la ley, sino también como monopolio del Estado de derecho para proteger a los inocentes de la violencia informal o justicia por mano propia. En este capítulo se estudia el derecho al debido proceso y sus garantías.



Oficina de Comunicaciones y Marca- Uniañdes.

Actividad 1 Para discutir

Lea con cuidado el presente capítulo y responda:

1. ¿Qué derechos se le violan al menor en el caso anterior?
2. ¿Por qué las autoridades no deben tratar a los menores de edad como tratan a los adultos?

1 Hernando Londoño Jiménez, “El niño que hurtó un juguete”. En *Yo acuso* (Bogotá: Leyer, 1996): 97.

2 Esta múltiple condición de la libertad que la Constitución Política de Colombia señala como valor (preámbulo), principio (art. 2) y derecho (art. 28), fue planteada inicialmente en la Sentencia C-176 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Definición

El respeto de los derechos de los ciudadanos y la convivencia social se garantiza mediante la aplicación del derecho³ por parte del Estado, en un proceso judicial o administrativo⁴. Estos procesos pretenden solucionar todo tipo de controversias y litigios públicos y privados, con observancia de los derechos fundamentales, los tratados de derechos humanos y los derechos de las víctimas y la sociedad⁵. Así, el proceso judicial busca prevenir la violencia informal o la venganza pública, y modera el poder del Estado.

El proceso conlleva una serie de actuaciones, pasos o procedimientos públicos y permanentes reglamentados por la ley, mediante los cuales un tercero imparcial y especializado (juez o funcionario público) decide públicamente quién y por qué tiene el derecho en un determinado asunto y cuándo un sujeto es o no responsable de incurrir en una conducta prohibida por la ley. La decisión debe ser objetiva e independiente y con sujeción a la prueba obrante. A fin de garantizar y optimizar los derechos fundamentales y legales de los ciudadanos, en este espacio democrático y civilizado los involucrados apoyan y defienden sus pretensiones, contradicen las pruebas y dan sus argumentos a la parte contraria y al juez⁶.

3 A título de ilustración véase López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. 1. (Navarra: Aranzadi, 2012), 147, donde señala: “el derecho es, qué duda cabe, un instrumento para lograr la ordenación de la convivencia social y se concreta en una serie de reglas jurídicas que reconocen u otorgan derechos e imponen obligaciones e incluso sanciones a los transgresores de las normas. La previsión de conflictos y de sus soluciones es máxima de la razón jurídica”.

4 Constitución Política de Colombia (art. 29). Véase también Corte Constitucional, Sentencias C-331 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SU-339 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-089 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-983 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-279 de 2007 (debido proceso administrativo). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Constitución Política de Colombia (art. 1); Código de Procedimiento Penal (arts. 1 y 10). Sobre el particular, resulta importante la afirmación de López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, 163: “los derechos humanos son derechos de los ciudadanos frente al Estado, el cual no solo ha de respetarlos sino también ha de realizar todo aquello que sea preciso para proporcionar la efectividad de los mismos”.

6 Constitución Política de Colombia (arts. 228 y 230); Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (art. 8) y Convención Universal de los Derechos Humanos (CUDH) (art. 14); Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2005. Véanse también: López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, 175 y ss. Fernando Velásquez

Tan compleja labor exige que en los procesos se observen reglas jurídicas y garantías⁷ claras y de obligatorio cumplimiento para todos, de tal manera que cuando se aplique la ley se brinde a los intervinientes seguridad, igualdad de oportunidades y certeza y se ponga límite a actuaciones caprichosas por parte de funcionarios del Estado. En este sentido es que se afirma que lo que hace que un sistema legal sea civilizado es el respeto al debido proceso⁸.

Velásquez, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal* (Medellín: Comlibros, 2009), 61, quien señala que “todo el trámite procesal está presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios; el proceso no puede entenderse como un monólogo del juez, sino como un diálogo abierto entre los diversos intervinientes en su calidad de partes, sujeto a acciones y reacciones, a ataques y contrataques; es un juego en el cual los contendientes armados de la razón luchan por el predominio del que creen es la verdad procesal”.

7 Luigi Ferrajoli, en *Derechos y garantías* (Madrid: Trotta, 1999), 25, señala que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.

8 Ricardo Posada Maya, en “Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano”, en Javier Llobet R. y Douglas Durán Chavarría (comps.), *Política criminal en el Estado Social de Derecho* (San José, Jurídica Continental, 2010), 539, advierte: “Desde esta perspectiva, la calificación material de dicho método de juzgamiento como civilizado obedece, precisamente, al respeto efectivo de un conjunto mínimo de parámetros orgánicos y procesales que limiten –de manera razonable y bajo cierta dimensión social– la amplia potestad punitiva del Estado, en el cometido de administrar justicia razonable, buscar la verdad material, reparar efectivamente a las víctimas y controlar la criminalidad, mediante procedimientos judiciales previamente definidos por la Ley. Límites jurídicos (positivos y negativos) que agrupan a las garantías procesales reconocidas con el nombre de ‘debido proceso legal’, y que estructuran el arquetipo ético-político, racional y constitucional del ‘método instrumental de juzgamiento’ aplicable en nuestro medio”. Véanse también: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 537-538; Hernando Londoño Jiménez, *Derecho procesal penal* (Bogotá: Temis, 1982); *Tratado de derecho procesal* (Bogotá: Temis, 1989), 2 y ss; Ricardo Posada Maya, “El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio” (*Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 15, 2008): 7-40; Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Del Puerto, 2000), 1 y ss; Alberto Suárez Sánchez, *El debido proceso penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 188; Álvaro Vargas, *La Fiscalía General de la Nación, desde el ‘sueño de la mariposa’* (Ibague: Forum Pacis, 1988), 103; Fernando Velásquez Velásquez, *Principios rectores*. Este último autor, en *Derecho penal* (Medellín: Comlibros, 2009), 164, señala “Por tal se entiende no solo el conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa referida a la libertad individual sea formalmente válida (*aspecto adjetivo*), sino también el contenido que debe plasmarse en ella, de tal manera que se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (*aspecto sustantivo*)”.

Actividad 2

Para reflexionar

Analice los siguientes casos y establezca qué derechos se le violan al presunto delincuente y cómo cree que este tipo de ajusticiamientos afecta a la sociedad en general.

- **Caso 1.** Pedro sorprende a Juan robando dinero en su oficina, le propina una golpiza y le hace jurar que no volverá a hurtar jamás. Después lo deja ir.
- **Caso 2.** Juan es sorprendido hurtando un celular en transmilenio y un grupo de personas enfurecidas lo lincha.
- **Caso 3.** Vea y analice la situación presentada en el video “Taxistas linchan a un presunto asesino en Bogotá”. Noticias RCN. En línea.



© Publicaciones Semana S.A., Carlos Bernate.

Complejo Judicial de Paloquemao en Bogotá.

En otras palabras, el proceso es la forma legal, más legítima y civilizada de solucionar los problemas sociales, no solo desde la perspectiva del procesado, sino también desde la de toda la sociedad⁹ y, en particular, de las víctimas.

⁹ Es preciso señalar que, además del proceso judicial, la Constitución y la ley permiten otras formas liberales de solución alternativa

Garantías sustanciales y procesales básicas de un proceso judicial o administrativo

El artículo 29 de la Constitución regula el derecho fundamental al debido proceso. Como se dijo, se trata de un método de juzgamiento que debe ajustarse a ciertas reglas y garantías fundamentales¹⁰ para asegurar a los ciudadanos más débiles que no serán afectados en sus derechos por las decisiones que tomen el Estado y algunos particulares poderosos.

Las principales son: garantía de legalidad, según la cual el proceso se ajusta a ley previa y vigente; garantía de presunción de inocencia; garantía de derecho a la seguridad jurídica, que incluye el derecho a apelar la decisión ante un juez superior y a que la decisión quede en firme y no se pueda cuestionar después de cierto tiempo, lo que se conoce como derecho a la cosa juzgada. A continuación se describen estos derechos.

El principio de legalidad

Todo proceso judicial o administrativo debe sujetarse a la ley vigente. Esta garantía, que parece evidente, está en el centro mismo del debido proceso porque supone el reemplazo de la discrecionalidad arbitraria del funcionario por la voluntad de la ley. El principio de legalidad supone varias reglas:

- No se puede calificar un hecho como un acto ilícito, o sometido a un juicio de cualquier naturaleza, ni ser juzgado, sino por ley previa a los hechos que se imputan y se juzgan. La ley es la única que puede dar lugar a un procedimiento judicial o administrativo. En el mismo sentido, tampoco se pueden imponer sanciones en un procedimiento si estas no han sido previamente fijadas por el legislador¹¹.

a los conflictos, como la *conciliación*, la *transacción*, el *desistimiento* o las fórmulas simbólicas de reparación a las víctimas, concebidas usualmente como espacios previos para comenzar el proceso judicial o administrativo.

¹⁰ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre L., *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio* vol. 1 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 82 y ss; y también Abel Fleming y Pablo López V., *Garantías del imputado* (Santa Fe: Rubinzal / Culzoni, 2008); Manuel Jaén V., *Derechos fundamentales del proceso penal* (Bogotá: Ibáñez, 2006), 128 y ss; Gilberto Martínez R., *Procedimiento penal colombiano* (Bogotá: Temis, 2006), 18-33; y Velásquez Velásquez, *Derecho penal*.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-745 de 2006. M.P. Nilson

Actividad 3

Para investigar

En los siguientes dos casos, ¿qué garantías procesales se vulneran?

- **Caso 4.** El juez 15 penal municipal de Chía condena penalmente a Lucio por una conducta de bigamia, que dejó de ser delito hace más de once años, pero en la cual él incurre desde hace veinte.
 - **Caso 5.** El juez civil de Envigado le impone a Jorge una medida de aseguramiento consistente en detención, hasta que el juez penal del municipio regrese de vacaciones.
-
- El proceso, sus etapas, formas y ritos deben estar plenamente regulados en la ley. Por tanto, el juez no se puede inventar el procedimiento ni sus respectivas partes o audiencias (por analogía o costumbres), ya que estas formas se han diseñado para garantizar cabalmente los derechos legales de los procesados, en cada etapa del juicio. Así, un juez penal no puede imponer una pena por un acto criminal mediante los ritos y actuaciones propias de un proceso civil o laboral, como un juez laboral no puede decidir si un despido es injusto utilizando el procedimiento indicado para un divorcio¹².
 - En materia penal, la Constitución indica que en el proceso siempre se aplicarán las normas más favorables al procesado, cuando estas tengan relación con derechos fundamentales¹³; esto es, principio de favorabilidad penal. Así, por ejemplo, si durante un proceso cambian las normas sobre la privación de la libertad, se aplicará aquella que resulte más beneficiosa para el procesado.

Pinilla Pinilla, caso de acción de tutela en contra de una Junta Directiva de Asociación que “vulneró el debido proceso del demandante por aplicar un estatuto que no era acorde con la época de los hechos”.

12 Debe recordarse que existe un proceso distinto para cada rama del derecho (penal, civil y laboral, administrativo, etc.) y diferentes procedimientos según el asunto del que se trate (un divorcio, una adopción, un despido, un reconocimiento de derechos sindicales, etc.).

13 Corte Constitucional, Sentencias C-1092 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-592 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-708 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-537 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

Como parte del principio de legalidad, es importante tener en cuenta la estricta jurisdiccionalidad, es decir, aunque existen muchas clases de procesos judiciales y administrativos, hay asuntos que solo pueden ser tramitados por jueces de la república¹⁴. Un buen ejemplo de ello son los procesos penales, que no pueden ser adelantados por autoridades administrativas, sino solo por los jueces que tienen jurisdicción penal. Ciertas actividades, como las revisiones corporales o los allanamientos, requieren de una orden previa de un fiscal o de un juez, o de la revisión posterior por parte de un juez penal en función de control de garantías. En Colombia no pueden realizarlas funcionarios administrativos ni la Policía o el Ejército según su propio criterio y voluntad.

En situaciones de normalidad democrática, de esta garantía –principio de legalidad– se desprende otra muy importante denominada derecho fundamental al juez natural¹⁵, legal o constitucional que establece que determinados procedimientos, en particular los juicios, solo se pueden adelantar ante el funcionario público o el juez que



Corte Suprema de Justicia.

14 Como ya se mencionó, la Constitución permite que, en algunos casos, los particulares sean quienes administren justicia. Es justo por ello que se permite que conciliadores, jueces de paz o árbitros sean los que toman la última decisión respecto a un pleito.

15 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 580, señala: “Llamaré imparcialidad (*terzieta*) a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; independencia, a su exterioridad al sistema político y, más general, a todo sistema de poderes; naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a juicio”.

el Estado haya establecido como autoridad competente, mediante una ley general. Por eso está prohibido nombrar jueces *ad hoc* (particulares) o *ex post facto* (extraordinarios o posteriores al hecho) para conocer de un caso o para juzgar a una persona determinada. También es contrario a derecho que un asunto sea decidido por funcionarios de hecho que actúan como jueces sin que realmente cuenten con jurisdicción¹⁶.

La capacidad para decidir en derecho un determinado asunto jurídico es lo que se denomina competencia. Por ejemplo, los hechos penales, como un homicidio o una violación, solo los pueden juzgar jueces penales del lugar donde se cometieron los delitos. De la misma manera sucede con otros temas: un divorcio contencioso solo se puede tramitar ante el juez civil del domicilio de la mujer; un despido injusto, ante un juez laboral; una demanda contra el Estado, ante los jueces y tribunales administrativos; los menores solo pueden ser investigados y juzgados por los jueces de infancia y adolescencia, y los militares por los tribunales militares, cuando se trate de hechos relacionados con el servicio o con sus actividades¹⁷, etc.

De otra parte, hay personas que por su cargo público tienen fueros o garantías en virtud de las cuales solo pueden ser investigados o juzgados por determinados funcionarios, jueces o tribunales, con el fin de proteger las instituciones a las que pertenecen. La Constitución señala que la Corte Suprema de Justicia es el juez natural competente para juzgar a altos dignatarios del Estado, como el presidente de la república, los miembros del Congreso, el fiscal general de la nación y el procurador general de la nación, entre otros¹⁸. En el mismo sentido, indica que los jueces naturales para los ciudadanos indígenas serán las autoridades de los pueblos indígenas, dentro de su propio

16 Velásquez, *Derecho penal*, 167, señala: “la institución del juez legal o constitucional supone el cumplimiento de dos exigencias básicas: de un lado, la legalidad del nombramiento y la correcta constitución del juez o tribunal; y, del otro, la institución previa del órgano judicial que debe intervenir en cada caso, así varíe la persona del funcionario judicial encargado de cumplir dicha función”. Véase también Corte Constitucional, Sentencias T-465 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, para el caso de una funcionaria registrada *ad hoc* que actúa sin competencia, y C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

17 Ningún tribunal militar puede investigar o juzgar a civiles: Constitución Política de Colombia (art. 213, párr. 6).

18 Constitución Política de Colombia (art. 235).

Actividad 4

Para investigar

Describa qué irregularidades se presentan en cada uno de los siguientes casos:

- **Caso 6.** El presidente de la república es condenado por un juez penal municipal por el delito de injuria en contra de un juez de la república que dejó en libertad a una persona, al proceder un habeas corpus.
- **Caso 7.** Un juez penal condena por el delito de rebelión a un funcionario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) por haber recibido a un secuestrado, liberado por un grupo guerrillero.
- **Caso 8.** Un indígena del pueblo awá es condenado a 30 años de prisión por un juez ordinario que lo encontró culpable de violar a una mujer indígena dentro de su resguardo. El sujeto alega que el juez no es competente pero el proceso continúa.
- **Caso 9.** Un civil es capturado en una redada del Ejército y juzgado por un tribunal militar que lo acusa del delito de asonada, por haber tirado piedras contra la sede de un batallón, exigiendo su reubicación fuera del centro de la ciudad.
- **Caso 10.** Felipe, reconocido político de la capital, es investigado por presuntos nexos con paramilitares. Por considerarlo un peligro social, el Consejo Superior de la Judicatura nombra un juez especial (*ad hoc*) que estudie y decida su caso.

territorio, de conformidad con sus normas y procedimientos ancestrales¹⁹.

Valga señalar que existen personas inmunes al derecho colombiano²⁰. Por ejemplo, los jefes de Estado de otros países, los embajadores, sus familias y empleados, y algunos miembros de organismos internacionales que

19 Constitución Política de Colombia (art. 246). Respecto de los límites de la jurisdicción indígena en Colombia, véase el capítulo “Multiculturalismo”.

20 Cuando se habla de inmunidad se hace referencia a que estas personas no podrán ser procesadas ni juzgadas por jueces o tribunales nacionales, pues están protegidas por tratados internacionales que impiden el ejercicio de jurisdicción.

cumplen funciones en el país. En caso de aplicarles la ley colombiana, se violaría además del derecho internacional, el derecho al debido proceso y, en particular, las garantías de legalidad y a tener un juez natural.

Presunción de inocencia

En todos los procedimientos que conllevan sanciones las personas procesadas se presumen inocentes y deben ser estimadas y tratadas como tales, mientras no se profiera sentencia o resolución definitiva que las declare responsables; esto es, cuando ya no se admiten solicitudes de revisión o modificación²¹. Dado que los derechos de los ciudadanos no solo son amenazados por quienes cometen delitos, sino también por sanciones o penas arbitrarias o injustas, la presunción de inocencia es una garantía de verdad y libertad, de seguridad jurídica y de defensa social²².

En materia penal, la presunción de inocencia frente al Estado se garantiza mediante una serie de principios que se explican a continuación:

- **Excepcionalidad:** la privación de la libertad durante un proceso penal es una medida excepcional que solo se justifica cuando es necesaria y proporcionada al hecho cometido y a los fines de la investigación.
- **Duda razonable:** la persona no puede ser condenada cuando el funcionario judicial o administrativo advierte una duda razonable y fundada respecto de la responsabilidad del procesado.
- **In dubio pro reo (no es buena fe):** toda duda con respecto a lo que indiquen las pruebas se resuelve en favor del procesado, pues se presume su buena fe.
- **Quien acusa un hecho como ilícito tiene la carga de probarlo:** la carga de probar la responsabilidad jurídica es de quien demanda o acusa, salvo que la ley disponga otra cosa, como sucede en el derecho civil, en casos en los cuales el procesado realiza actividades peligrosas. En principio, esta responsabilidad no se puede invertir, tal y como sucedía en la Edad Media, cuando se presumía la culpabilidad del procesado y el sujeto tenía que probar su inocencia por medio de pruebas infames (juicios de Dios, ordalías, tormentos, torturas, etc.). Un buen ejemplo de lo dicho es que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde

demostrar, más allá de toda duda razonable, que una persona es responsable por la comisión de un delito, pues de lo contrario no podrá ser castigada por el juez penal.

- **Justificación de las decisiones:** la presunción de inocencia y el derecho de defensa exigen que el juez motive y justifique las decisiones que toma en el proceso judicial, para poder controvertirlas.

Derecho de defensa

Todos los ciudadanos convocados a un proceso judicial o administrativo tienen el derecho constitucional fundamental a defenderse de los cargos o imputaciones que resulten en su contra, en sentido material y técnico, bajo la tutela de la libertad de expresión, y de manera adecuada y oportuna²³. En consecuencia, todo procesado tiene el derecho a ser asistido, durante todas las etapas y audiencias del proceso judicial o administrativo, por un defensor de confianza, un defensor del sistema de defensoría pública o uno de oficio, designado por el Estado cuando no pueda pagar sus costos²⁴. Este derecho nace, incluso, desde que el sujeto conoce que está siendo investigado por las autoridades judiciales o administrativas por la presunta comisión de un delito o contravención y conlleva múltiples y diversas garantías autónomas, que se pueden resumir así:

- **Nadie está obligado a declarar contra sí mismo:** el procesado tiene derecho a la no autoincriminación, es decir, a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo o

23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 14.2) y CADH (art. 8.2). También véase Víctor Moreno C. y Valentín Cortés D., *Derecho procesal penal* (Valencia: Tirant lo Blanch), 143 y ss; y Botero, *El sistema procesal penal acusatorio*, 69 y ss. Esto ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia T-605 de 1999, en el caso de un despido unilateral de un trabajador a quien no se le permitió defenderse.

24 Conviene atender la advertencia real que hace Londoño, *Tratado de derecho procesal*, 60: “se trata de los procesos penales de los pobres. Es que el acusado de bien holgada solvencia económica puede tener el privilegio de conseguir los servicios profesionales de los más brillantes abogados, el procesado carente de medios económicos se encuentra sometido a una defensa oficiosa o pública por parte del Estado, la que generalmente no se atiende con diligencia, unas veces por irresponsabilidad y otras porque las muchas defensas encomendadas a un solo profesional no le permiten atenderlas todas con el necesario y debido esmero. Y cuando no es un defensor al servicio del Estado quien tiene dicha misión, sino los abogados nombrados judicialmente en cada proceso, la falta de un estímulo económico conduce con frecuencia a una injusta e inhumana desprotección de los intereses jurídicos del procesado”.

21 Martín E. Botero, *El sistema procesal penal acusatorio. “El justo proceso”* (Bogotá: Jurídicas Andrés Morales, 2008), 65 y ss.

22 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 549.

Recuadro 1

¿Es ético defender a un criminal?

A menudo las personas que no son abogadas acusan a los defensores de no ser éticos por defender a criminales reconocidos. Sin embargo, sí es ético, en términos de un correcto ejercicio profesional. Es deber del abogado asesorar leal y rectamente a su defendido, para que el Estado le respete sus derechos constitucionales y legales en un juicio público sin dilaciones injustificadas; para que el fiscal o el demandante cumplan con el deber de probar cabalmente sus imputaciones; para que se absuelva al sujeto si hay derecho a ello; y para que la sanción o la pena que se le imponga sea la necesaria y proporcionada para reparar a las víctimas y a la sociedad. El defensor no puede ser cómplice del delincuente, pero siempre lo defenderá a cabalidad en el juicio, y esa es su carga voluntaria, la carga de defender los intereses del procesado y de la justicia.

de su cónyuge, compañero o compañera permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (padres, abuelos, tíos y primos), segundo de afinidad (suegros y cuñados), primero civil (hijos y padres adoptantes o adoptivos)²⁵. Además, el sujeto tiene derecho a guardar silencio, hecho que no podrá ser utilizado en su contra en el proceso judicial o administrativo.

- **El derecho a un abogado:** toda persona tiene derecho a la defensa técnica, es decir, a ser asistido por un defensor y a reunirse en privado con él, antes y después de comparecer ante las autoridades judiciales. En Colombia toda persona tiene derecho a un defensor y esta garantía no es negociable.
- **Derecho a un traductor o intérprete:** cuando una persona no se pueda dar a entender o no comprenda el idioma castellano oficial, tiene derecho a ser asistido por un traductor. Si no puede percibir el idioma por los órganos de los sentidos, tiene derecho a un intérprete.
- **Derecho al tiempo y a medios adecuados para preparar la defensa:** los procesados tienen derecho a disponer de un tiempo razonable y de los medios

adecuados para enfrentar los cargos e imputaciones que les haga el Estado o la contraparte, los cuales deben exponerse de manera clara y comprensible.

Derecho a un juicio justo

Los procesados tienen derecho a ser escuchados por un juez o funcionario administrativo imparcial y ajeno a injerencias objetivas o subjetivas en un juicio o procedimiento público²⁶, con pleno conocimiento de los que intervienen en el proceso²⁷. El derecho a un juicio implica, además, las siguientes garantías:

- **Derecho a un juez independiente e imparcial:** las partes están facultadas para pedir la remoción del juez (recusación) cuando se vea comprometida su independencia o imparcialidad, ya sea por enemistad, amistad, interés, relaciones económicas, etc.
- **Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas:** las investigaciones de la Fiscalía no pueden ser indefinidas en el tiempo, por lo que se prevén las figuras del plazo razonable y de la prescripción de la acción judicial y de la pena. El Estado y los demás intervinientes siempre deberán actuar con absoluta lealtad y buena fe²⁸.
- **Derecho a intervenir en todas las etapas del proceso:** a lo largo del proceso los procesados pueden intervenir en condiciones de igualdad con los demás intervinientes. Los funcionarios judiciales no pueden perjudicar a unos y privilegiar a otros por motivos de discriminación referidos a la condición social, origen nacional o familiar, credo religioso o filosófico, profesión, sexo, raza, etnia, etc.²⁹.

26 Están absolutamente prohibidos los juicios secretos u ocultos sin control o supervisión, aunque se puede restringir el acceso a ciertas personas por razones especiales de seguridad o para proteger los testigos, etc.

27 Corte Constitucional, Sentencias SU-938 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, caso de separación del cargo a un empleado, en contra de su voluntad, por cumplir los requisitos de ley para jubilarse; y T-497 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, caso de un defensor de familia que inicia una actuación administrativa orientada a modificar la situación de un menor, sin notificar a las partes.

28 Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-411 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-1154 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Además, véase López, *Tratado de derecho procesal penal*, 191.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño, caso de un procedimiento de ascenso en la Fuerza Aérea que se niega a una persona por ser mujer.

Actividad 5

Para investigar

Analice los siguientes casos e identifique las irregularidades:

- **Caso 11.** Pedro es condenado por un juez sin rostro, que tiene en cuenta confesiones obtenidas mediante la presión de los agentes de policía, al capturarlo y antes de ser puesto a disposición del juez de garantía.
- **Caso 12.** Un juez profiere una sentencia con base en testimonios que el procesado nunca pudo contrainterrogar. Tampoco le permitieron presentar pruebas a su favor.
- **Caso 13.** Un juez penal le impone a un sujeto una medida de aseguramiento en audiencia pública, sin que esté presente su abogado defensor.
- **Caso 14.** Joseph, ciudadano de nacionalidad polaca, es capturado con cien kilos de cocaína por la Policía Nacional, en el aeropuerto El Dorado y presentado ante un juez de control de garantías que le impone medida de aseguramiento. El polaco no entendió nada.
- **Caso 15.** En una audiencia de testimonio, el juez apremia a Eduardo a que declare contra Josefina, su

- esposa. Eduardo se niega y el juez lo amonesta por obstruir la justicia y le impone una multa de varios millones de pesos.
- **Caso 16.** El juez nombra como defensor de oficio de un procesado a un abogado conocido suyo, que se caracteriza por su incompetencia profesional.
 - **Caso 17.** El juez considera que no es necesario motivar su sentencia, por considerar evidente la responsabilidad de uno de los sujetos en el litigio.
 - **Caso 18.** El juez de conocimiento le niega el uso de la palabra a una de las partes, así como la posibilidad de pedir pruebas que conduzcan a demostrar su inocencia.
 - **Caso 19.** El juez que conoce el juicio tiene negocios con la esposa del abogado de la parte contraria.
 - **Caso 20.** Al procesado nunca le notifican la acusación y resulta condenado sin poder asistir al juicio.
 - **Caso 21.** Al procesado se le niega todo acceso a la documentación que da origen al proceso: denuncia, demanda, expedientes, grabaciones, etc.

Derecho a la prueba

Los procesados tienen derecho a recaudar evidencias a su favor, a conocer las evidencias que se presenten en su contra y a solicitar la práctica de las pruebas necesarias y suficientes para ser consideradas en el juicio³⁰. No se permiten pruebas secretas para el procesado y su abogado, aunque sí puedan ser reservadas para el público, por ejemplo, cuando haya riesgo de vulnerar la dignidad e intimidad de un menor o cuando se ponga en peligro la seguridad nacional de Colombia.

30 Corte Constitucional, Sentencias T-423 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa, caso de una inspección de Policía que no permite declaraciones ni documentos para probar que se tiene un bien de manera legal, y C-673. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-1260 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-175 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



Oficina de Comunicaciones y Marca-Uniandes.

Recuadro 2 Garantías procesales

Garantía	Descripción
Legalidad	- Solo se puede procesar a alguien por hechos ilícitos previamente definidos en la ley penal o contravencional. - El proceso judicial o administrativo debe ajustarse a las formas y etapas que indique el procedimiento que para el caso determine una ley previa. - A todo hecho ilícito corresponde una sanción legal previamente indicada en la ley, y solo esta hipótesis cabe aquí.
Principio de favorabilidad	Siempre se deberá aplicar la norma más favorable al procesado penalmente. Incluso si, con posterioridad a la condena, hay cambios legislativos que lo favorezcan, se deberán hacer los ajustes pertinentes.
Juez natural	El juez que juzgue deberá ser aquel que establezca la ley según el caso.
Presunción de inocencia	El procesado se considera inocente hasta que un juez declare lo contrario, mediante sentencia motivada. Por esta razón, en un proceso penal la carga probatoria la tiene la Fiscalía o la parte que debe desvirtuar la presunción de inocencia. Toda duda que tenga el juez deberá ser resuelta a favor del procesado.
Derecho a un juicio justo	- Contar con un juez independiente e imparcial. - Tener un proceso sin dilaciones injustificadas. - Contar con una defensa técnica por medio de un abogado de confianza o con uno asignado por el Estado, cuando no se cuente con los recursos económicos. - Contar con un traductor o intérprete cuando se requiera. - No ser obligado a autoincriminarse ni a incriminar a familiares. - Presentar y controvertir las evidencias y pruebas allegadas al proceso. Derecho a rechazar las pruebas ilegales o secretas. - Ser escuchado en todo el procedimiento y en particular durante el juicio público. - Que la sentencia dictada por el juez o la resolución que profieren los funcionarios administrativos sean motivadas. - Poder presentar los recursos de ley para que las decisiones judiciales o administrativas sean revisadas cuando haya errores judiciales.
Derechos de las víctimas	- A que se haga justicia. - A conocer la verdad de lo sucedido. - A ser reparadas de manera integral. - A recibir protección, información adecuada y un trato humano y digno durante todo el proceso judicial.

Derecho a controvertir la evidencia

Los procesados tienen derecho a controvertir la evidencia y las pruebas que se aduzcan en su contra mediante contrainterrogatorios a los testigos, tachando como falsos los documentos presentados al juicio en contra suya y presentando pruebas que contradigan los documentos o a los testigos³¹. Los funcionarios y los jueces tienen

prohibido dictar sentencia y resoluciones sin motivos claros que puedan ser controvertidos por las partes del

igualdad de armas. En el derecho criminal, esta garantía se materializa en el descubrimiento de las pruebas que hacen los fiscales y defensores antes del juicio. Véase Corte Constitucional, Sentencias C-1194 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-555 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en donde el Ministerio de Agricultura excluye del procedimiento a algunas partes sin motivación y no permite los derechos de impugnación y controversia de la decisión, y C-876 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, caso donde se impide a una parte impugnar un dictamen pericial.

31 Es lo que se denomina el derecho a la controversia probatoria en

proceso³². Finalmente, las partes tienen el derecho a que se anulen las pruebas obtenidas con violación a los derechos constitucionales, a la dignidad humana o contrarias a la ley. En principio, tampoco se podrán utilizar para decidir un determinado asunto judicial o administrativo³³.

Derechos de las víctimas

Las víctimas también tienen derecho, entre otros: a que se haga justicia; a que se descubra la verdad de lo acontecido; a ser reparadas, cuando se demuestre la responsabilidad de sus victimarios; a recibir un trato humano y digno; a la protección de su intimidad; a la garantía de su seguridad y la de sus familiares y testigos; a intervenir en el proceso judicial con plena autonomía y con capacidad para defender su propios intereses; a recibir información pertinente para la protección de sus derechos; y a ser oídas por el juez³⁴.

Derecho a la seguridad jurídica

Este derecho fundamental usualmente se divide en dos garantías específicas: el derecho a la doble instancia y el derecho a la cosa juzgada.

La *doble instancia*³⁵ implica que los condenados o las personas declaradas responsables tienen derecho a

interponer los recursos que indique la ley para que la decisión desfavorable (a una de las partes) sea revisada y valorada por un funcionario o juez de mayor jerarquía que el que la profirió. Naturalmente es un derecho que puede o no ser ejercido y que tiene excepciones, como en los casos de procesos que adelanta la Corte Suprema de Justicia en contra de los congresistas y otros altos funcionarios del Estado³⁶. En los casos penales, los condenados tienen derecho a que el superior no le imponga una sanción más grave, cuando nadie más apela el fallo de condena (prohibición de reforma en peor)³⁷. Cuando exista identidad de cargos, hechos y personas, salvo que haya fraude, violencia o vicios de justicia en la decisión jurídica, los procesados tienen derecho a no ser investigados y juzgados dos veces por el mismo hecho; es decir, la doble instancia no es un derecho absoluto en Colombia.

El derecho a la *cosa juzgada*³⁸ evita que un asunto determinado sea conocido múltiples veces por varios jueces o varias veces de manera indefinida en el tiempo, cuando ya preexista una decisión definitiva e inmodificable con las debidas formalidades de ley. Dicho de otra manera: las personas tienen el derecho a que los asuntos jurídicos que les conciernen sean definidos y decididos definitivamente por el juez o funcionario competente

32 Corte Constitucional, Sentencias T-589 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa, caso de falta de motivación y desconocimiento de pruebas en un proceso de responsabilidad por daños; T-1168 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería, caso de un policía que es retirado discrecionalmente sin que el acto de retiro haya sido motivado; T-472 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa, caso en que se niega una pensión sin motivar el acto administrativo. La Corte Constitucional concibe la motivación como una garantía de los derechos fundamentales en las Sentencias C-431 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo y T-857 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. También puede consultarse Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Bogotá: Temis, 2000), 20, para quien han de ser “públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, a fin de que la opinión, que es acaso el único aglutinante de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones; a fin de que el pueblo diga: no somos esclavos y estamos defendidos; sentimiento que inspira valor, y que equivale a un tributo para un soberano que conozca sus verdaderos intereses”.

33 Corte Constitucional, Sentencias A. 227 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-1154 de 2005, entre otras.

34 Tal y como lo reconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular las Sentencias C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-591, C-1177. M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1154 de 2005, C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-516 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Constitución Política de Colombia (art. 31); Corte Constitucional,

Sentencia C-047 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.
36 En este caso, las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia no podrán ser revisadas por otra autoridad. Al respecto, véase Corte Constitucional, Sentencia SU-811 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
37 Derecho a la no reforma en peor: Corte Constitucional, Sentencias C-799 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería y C-591 de 2005, entre otras.
38 Corte Constitucional, Sentencias T-821 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en el caso de juzgados que fallaron un asunto desconociendo la cosa juzgada, y C-522 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C- 979 y C-799 de 2005, entre otras.

Actividad 6
Para investigar

- 1. Averigüe cuál es el proceso disciplinario que aplica la Universidad de los Andes en caso de fraude.
- 2. Aplique lo aprendido en este capítulo y dibuje un esquema que muestre los pasos.

Actividad 7

Para investigar

1. Busque una sentencia de tutela de la Corte Constitucional donde el accionante haya considerado que se vulneró su derecho al debido proceso.
2. Resuma los hechos y las razones con las que la Corte confirmó o revocó la tutela.

y a que dicha decisión sea respetada por el Estado y la sociedad³⁹.

Consecuencias y acciones de protección

Ante el desconocimiento del debido proceso, las formas de protección más usuales son declarar la nulidad de los actos judiciales e interponer los recursos de ley para corregir los yerros que se presenten. Pero como no siempre son idóneas, se legitima la garantía y acción de tutela para evitar perjuicios irremediables ante la violación de los derechos constitucionales fundamentales, en particular los que conducen a la defensa eficaz y equitativa en el proceso judicial⁴⁰.

Consideraciones finales

El ordenamiento constitucional cuenta con mecanismos expeditos para proteger los derechos fundamentales de las personas vinculadas a un proceso judicial. Estos derechos buscan garantizar que ellas puedan defenderse, ser escuchadas y participar en el proceso judicial o administrativo. Además, con el propósito de que la administración de justicia sea transparente e imparcial, la Constitución les impone ciertas cargas al Estado y a las partes.

El derecho al debido proceso, con todas las garantías rige para todas las personas, durante cualquier proceso y en todo momento, no podrá ser suspendido ni siquiera en tiempos de estados de excepción. El debido proceso es

garantía de igualdad y de dignidad de todas las personas, con independencia de sus medios económicos y poder político o social. Se podría decir que los poderosos encontrarían formas de defenderse del poder del Estado, pero sin las estrictas reglas del debido proceso los débiles estarían por completo a merced de la arbitrariedad de los funcionarios. Valga citar a Calamandrei:

Esta es la alegría y la fe del jurista: llevar entre los hombres, y, especialmente, entre la pobre gente, la sensación de que la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley no es una burla a la que los jueces vuelvan la espalda, sino una realidad que se vive y se afirma, más fuerte que cualquier prepotencia y cualquier superchería... y, sobre todo, hacer entender a la gente que esta abstracción de las leyes, la que produce en los profanos la impresión de que se trata de preceptos vacíos alejados de la realidad y demasiado hipotéticos para ser tomados en serio, es, ciertamente, la fórmula lógica de la solidaridad y de la reciprocidad humana, la fuerza más eficaz de cohesión social y la condición esencial de toda verdadera civilidad⁴¹.

Actividad 8

Para discutir

¿Qué garantías fundamentales se deben hacer efectivas para que un proceso sea legítimo y civilizado? Con frecuencia el cine y la televisión muestran violaciones al debido proceso –por ejemplo, en la captura de un sospechoso o la recolección de pruebas– que se justifican por la certeza de la culpabilidad del sospechoso. En muchas de estas películas el debido proceso aparece como un límite incómodo al poder de los detectives, policías y jueces para cumplir con su función de hacer justicia.

1. Escoja un ejemplo reciente de un personaje de ficción que, siendo policía o detective, viole el debido proceso del sospechoso.
2. Justifique o desvirtúe el proceder utilizando los conceptos presentados en este capítulo. Tenga en cuenta los contraargumentos.

39 Código de Procedimiento Penal (art. 2). Londoño, *Derecho procesal penal*, 129, advierte que “si el acusado declarado inocente no pudiera tener la seguridad jurídica de esa situación procesal, él mismo y la sociedad a que pertenece se mantendrían en la incierta posición de una expectativa adversa, de una zozobrante amenaza”.

40 Sobre estos temas, véase Catalina Botero Marino, *La acción de tutela* (Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2011). Además, Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2010.

41 Piero Calamandrei, *Fe en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 102.

Glosario

Debido proceso. Proceso judicial o administrativo que cumple con todas las garantías necesarias para que las partes puedan encontrar la verdad material y una autoridad, previamente establecida, dirima las controversias y litigios aplicando el derecho positivo al caso concreto. Dentro de las garantías más importantes están: el derecho de defensa, el juez natural e imparcial, el derecho a un juicio público, la presunción de inocencia y el derecho a controvertir las pruebas.

Derecho de defensa. Garantía constitucional de que todas las personas sean asistidas por un defensor de confianza o de oficio asignado por el Estado, para controvertir los cargos e imputaciones hechas por este o por terceros, presentar pruebas y rebatir las que se presenten en su contra, y de que pueda asistir y ser escuchado en todas diligencias y audiencias que prevé la ley para el respectivo procedimiento.

Proceso. Mecanismo civilizado que, mediante determinados pasos de carácter judicial o administrativo, regulados por la ley, busca determinar la responsabilidad de alguien o la razón jurídica de una pretensión, mediante las pruebas que presenten las partes para apoyar sus argumentos jurídicos. Aplicando la ley, el proceso zanja definitivamente la controversia.

Material de apoyo

Videos, películas o documentales

- *En el nombre del padre* (Jim Sheridan, 1993). “Belfast, años 70. Gerry (Day-Lewis) es un sinvergüenza que no hace nada de provecho, para disgusto de Giuseppe (Postlethwaite), su padre, hombre tranquilo y educado. Cuando Gerry se enfrenta al Ejército Republicano Irlandés (IRA por sus siglas en inglés), su padre lo manda a Inglaterra. Allí, por caprichos del azar, es acusado de participar en un atentado terrorista y condenado injustamente a cadena perpetua con “los cuatro de Guildford”. También su padre es arrestado y encarcelado. En prisión, Gerry descubre que detrás de una aparente fragilidad su padre esconde una gran fuerza interior. Con la ayuda de una abogada entregada a la causa (Thompson), Gerry se propone demostrar su inocencia, limpiar el nombre de su padre y hacer pública la verdad sobre uno de los más lamentables errores legales de la historia reciente de Irlanda” (Filmaffinity).
- *Presunto culpable* (Roberto Hernández, Geoffrey Smith, 2009). “¿Cómo será que unos agentes te metan a un automóvil sin placas, te acusen de asesinato y en cuestión de semanas te condenen a 20 años de cárcel? Esta es la historia de Toño, uno de los 11.000 reos cautivos en el Reclusorio Oriente, y de dos académicos jóvenes, Layda y Roberto. Los tres, con la ayuda de una cámara, documentan el caso con la esperanza de sacudir un sistema que rutinariamente encarcela inocentes” (Filmaffinity).

Referencias bibliográficas

- Becaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2000.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Estructura y garantías procesales*, 6 ed. Vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Botero Catalina y Eduardo Martín. *El sistema procesal penal acusatorio. "El justo proceso"*. Bogotá: Jurídicas Andrés Morales, 2008.
- Botero Marino, Catalina. *La acción de tutela*. Vol. 2. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2011.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. 2 ed. S. S. Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2010.
- Calamandrei, Piero. *Fe en el derecho*. S. Calamandrei (ed.), P. A. Ibáñez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Escobar Mejía, J. Guillermo. "¿Ca ira". *Nuevo Foro Penal*, 27 (1985): 6 y ss. Temis.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Perfecto Andrés Ibáñez et al. (trads.). Madrid: Trotta, 1995.
- Fleming, Abel y Pablo López Viñals. *Garantías del imputado*. Santa Fe: Rubinzal / Culzoni, 2008.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. Bogotá: Siglo XXI, 1984.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. 2 ed. Bogotá: Ibáñez, 2006.
- Llobet Rodríguez, Javier y Douglas Durán Chavarría (comps.). *Política criminal en el Estado Social de Derecho*. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José de Costa Rica: Jurídica Continental, 2010.
- Londoño Jiménez, Hernando. *Tratado de derecho procesal*. Vol. 1. Bogotá: Temis, 1989.
- _____. "El niño que hurtó un juguete". En *Yo acuso*. Bogotá: Leyer, 1996.
- _____. *Derecho procesal penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. 1. Navarra: Aranzadi, 2012.
- Martínez Rave, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*. 13 ed. Bogotá: Temis, 2006.
- Moreno Catena, Víctor y Valentín Cortés Domínguez. *Derecho procesal penal*. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Posada Maya, Ricardo. "Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano". En Javier Llobet Rodríguez y Douglas Durán Chavarría (comps.). *Política criminal en el Estado Social de Derecho*. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José, Jurídica Continental, 2010, pp. 539-571.
- _____. "El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio". *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 15 (2008). Universidad Sergio Arboleda.
- Poveda Perdomo, Alberto y Abelardo Poveda Perdomo. *Hábeas corpus, vías de heho y proceso penal*. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- Suárez Sánchez, Alberto. *El debido proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Vargas, Álvaro. *La Fiscalía General de la Nación, desde el "sueño de la mariposa"*. Ibagué: Forum Pacis, 1988.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Medellín: Comlibros, 2009.
- _____. *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá: Temis, 1987.

El concepto de libertad y el libre desarrollo de la personalidad

Natalia Ángel Cabo

Libre desarrollo de la personalidad

libertad negativa

libertad positiva

Dignidad humana medidas perfeccionistas

Medidas de protección pluralismo



Objetivos de aprendizaje

- Entender los conceptos de libertad negativa y positiva e identificar las tensiones que se presentan entre estas dos concepciones de libertad.
- Identificar espacios de expresión del libre desarrollo de la personalidad y advertir tensiones para definir su alcance en una sociedad pluralista.
- Conocer algunos de los principales debates dentro de la Corte Constitucional sobre el libre desarrollo de la personalidad.
- Tener un panorama de diferentes argumentos alrededor de casos polémicos en materia de libre desarrollo de la personalidad.



Guía de estudio

El capítulo introduce al lector al tema de libertad individual y particularmente a lo que en nuestro contexto se conoce como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La primera parte aborda los conceptos de libertad negativa y positiva, como punto de partida para entender debates jurídicos actuales sobre el alcance de dicho derecho. La segunda parte presenta diferentes casos en los que la Corte Constitucional ha desarrollado el alcance del artículo 16 de la Constitución. Se espera que con dicho recuento el lector tenga un panorama general de diferentes visiones, tensiones y puntos en conflicto sobre el alcance y los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Introducción

Alejandro ha sido informado por la directora del colegio de que no puede seguir asistiendo a clase hasta tanto no se corte el pelo. A él le gusta su aspecto y considera tal requerimiento como un atentado a su libertad. El colegio, por su parte, insiste en que tener el pelo corto está establecido como un requisito obligatorio en el manual de convivencia, el cual los estudiantes aceptan cumplir de manera voluntaria al ingresar a la institución educativa. Alejandro decide entonces interponer una acción de tutela en contra del colegio, argumentando que se ha violado su derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

Este tipo de tutelas es frecuente en nuestro país. De hecho, la exigencia de que los hombres lleven el pelo corto en los colegios fue uno de los primeros temas abordados por la Corte Constitucional y, al día de hoy, continua decidiendo casos similares. ¿Pero qué genera tanta controversia de un requisito como cortarse el pelo? ¿Por qué algunos estudiantes se niegan a hacerlo? ¿Por qué es tan importante para algunas instituciones educativas que sus estudiantes lleven el pelo corto? Básicamente, porque lo que está en juego aquí no es una discusión sobre una fibra de queratina que si se corta vuelve a crecer. Lo que está en juego es una controversia sobre los alcances de lo que llamamos libertad.

¿Y qué es la libertad? En definitiva, un valor que apreciamos. Pero como decía Abraham Lincoln, “el problema es que no siempre pensamos lo mismo cuando la palabra sale de nuestros labios”¹. Este escrito ofrece una primera aproximación al tema de la libertad individual y, en particular, a lo que en nuestro contexto se conoce como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque las discusiones sobre la libertad han sido objeto de innumerables aproximaciones filosóficas y políticas, el capítulo se limita a ofrecer un primer acercamiento a partir de la formulación propuesta por el pensador inglés Isaiah Berlín, que ha servido como punto de partida para discusiones contemporáneas sobre el concepto de libertad y los alcances y límites a su ejercicio. A partir de dicha formulación, la segunda parte muestra cómo la Corte Constitucional ha interpretado el derecho al libre desarrollo de la personalidad e ilustra diferentes visiones, tensiones y puntos en conflicto cuando enfrenta situaciones concretas en las que está comprometido su ejercicio.

El concepto de libertad

La libertad, como un concepto de derechos humanos, parte de concebir a las personas como individuos que, en principio, gozan de la facultad de elegir, de tener un sentido propio de justicia, de decidir sobre lo que es bueno o malo para ellos y de poder, en consecuencia, elaborar sus propios planes de vida. En esta perspectiva, cobra vital importancia el concepto de dignidad humana, es decir, el principio según el cual la persona se reconoce como un fin en sí mismo y no como un medio para un fin. La dignidad exige que las personas sean tratadas con respeto y reconocimiento o, en otros

1 Citado en José Nun, *Democracia. Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001), 9.

términos, que no sean “convertidas en objetos, para satisfacer las necesidades de otros”². Del principio de dignidad se siguen, en consecuencia, una serie de restricciones y normas de trato, tales como la prohibición de convertir a las personas en esclavas o incurrir en torturas y tratos crueles o degradantes. Así mismo, este principio obliga a reconocer a toda persona como un ser humano con intereses, necesidades y proyectos vitales que debe encontrar un espacio de expresión y desarrollo³.

Un presupuesto de la libertad es el pluralismo, es decir, la aceptación de que en la sociedad coexisten diferentes formas de ver el mundo. La misión del Estado debe, en consecuencia, estar encaminada a facilitar condiciones que posibiliten la convivencia dentro de la diversidad, sin que pueda oficializar una particular forma de ver el mundo⁴. La Corte Constitucional colombiana ha expresado estas ideas con claridad al señalar: “El principio de la dignidad de la persona humana, no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogeneización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad [...]. Además de miembro de la comunidad, el individuo como persona tiene derecho a ser portador de una diferencia específica”⁵.

Los conceptos de libertad negativa y positiva

Como ya se señaló, la noción de libertad que subyace a la idea misma de dignidad y de pluralismo no responde a un solo concepto. Tal y como lo puso de presente el pensador inglés Isaiah Berlin⁶, la libertad puede ser vista de maneras distintas; en su propuesta: como libertad negativa y como libertad positiva⁷. La libertad negativa, según Berlín, responde a la pregunta “cuál es el ámbito en que al



José Jairo Urbina Sánchez.

sujeto —una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas”⁸. En otros términos, cuál es el campo dentro del cual la persona puede o debe poder actuar sin que se le impongan obstáculos a su actuación. Básicamente, la respuesta a esta pregunta se traduce en la idea de libertad como no coacción: “Ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más amplia sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad”⁹. En otras palabras, bajo esta noción, el ser libre significa que podemos “realizar nuestro propio bien a nuestra propia manera”¹⁰, sin mayores obstáculos o interferencias externas. El concepto de libertad negativa no presupone que su ejercicio sea ilimitado, pues puede chocar no solo con las libertades de otros, sino con distintos valores y principios constitucionales¹¹. Sin embargo, esta idea de libertad sí supone que debe haber un ámbito mínimo de libertad individual que no puede ser violado bajo ninguna circunstancia —que en nuestro contexto se

2 Theodor Munz y Günter Düring, *Komentar zum Grundgesetz*, citado en Normand Dorsen et al., *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials* (St. Paul, MN: Thomson West, 2003), 491.

3 Defensoría del Pueblo, *Derechos Humanos ¿Qué son los derechos humanos?* (Bogotá: DP, 2001), 23.

4 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 389.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-090 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza, 2003), 215-280.

7 Utilizamos aquí la caracterización de libertad como negativa y positiva propuesta por Berlin, dada su utilidad para iniciar una primera aproximación al tema de la libertad individual. No quiere ello decir que sea una caracterización compartida. Véase, entre otros,

Gerald C. McCallum Jr., “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76 (1967): 320.

8 Berlin, *Cuatro ensayos*, 220.

9 Berlin, *Cuatro ensayos*, 222.

10 Berlin, *Cuatro ensayos*, 226.

11 Dworkin, citando a Bentham, ilustra el punto en función del principio de igualdad: “Para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad”. Dworkin, *Los derechos en serio*, 382.

conoce como el núcleo esencial del derecho o el límite a los límites—, pues de traspasarse se desconocería el derecho mismo a la libertad.

Para ilustrar el punto, piénsese en un derecho de libertad como es el derecho a la libertad de expresión, entendido tradicionalmente como libertad negativa¹². Este derecho, en principio, garantiza la posibilidad de toda persona de expresar libremente sus pensamientos y opiniones, sin coacciones o controles previos sobre el contenido del mensaje que se quiere difundir. Cosa distinta es que se establezcan ciertas restricciones de tiempo y lugar para manifestar o expresar determinadas opiniones o pensamientos, como, por ejemplo, limitar las manifestaciones públicas en las llamadas “horas pico”, para evitar el caos vehicular. En dichos eventos entran en juego consideraciones sobre los derechos de terceros sin que con ello se esté anulando o limitando severamente la libertad de expresión. En síntesis, quienes defienden una concepción negativa de la libertad, si bien no afirman su carácter absoluto, exento de limitaciones, hacen énfasis en que la garantía de la libertad implica “la remoción de obstáculos que se opongan al desarrollo individual y el aseguramiento de una esfera de independencia que haga posible tal desarrollo”¹³. Por ende, consideran necesario limitar *in extenso* la acción estatal sobre la esfera de acción individual.

La concepción negativa de la libertad se asocia con la idea clásica del Estado liberal de derecho, plasmada por ejemplo en la Constitución estadounidense de 1787¹⁴ y en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Para el pensamiento liberal el Estado debe ser limitado con respecto tanto a sus poderes como a sus funciones¹⁵. En esa medida, no solo deberán prevalecer mecanismos constitucionales que pongan freno al

ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder¹⁶, sino que, en sí mismo, el Estado deberá ser un Estado mínimo, cuya acción no vaya más allá de garantizar una convivencia armónica, sin grandes interferencias en la órbita individual del sujeto.

Distinta de la concepción de libertad negativa, o libertad como no coacción, es la de libertad positiva. Ella, según Berlin, responde a la pregunta “por quién estoy gobernado”¹⁷ o “quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer”¹⁸. La concepción positiva de la libertad no designa entonces la idea de “estar libre de algo”—coacción o interferencia—, sino la de “ser libre para algo”¹⁹. La libertad positiva se centra en la capacidad del agente para autogobernarse, a diferencia de la negativa, que se interesa por las condiciones externas que puedan interferir en la capacidad de actuar. Dicho de otro modo, mientras que la concepción negativa de la libertad se concentra en la *ausencia* de obstáculos, barreras o interferencias para su ejercicio, la concepción positiva de la libertad enfatiza la *presencia* de condiciones o capacidades que permiten la realización de determinado proyecto vital, ya sea individual o colectivo. Bajo la noción de libertad positiva, el papel del Estado cambia, pues, a diferencia de la concepción liberal clásica que enfatiza los límites del actuar estatal, la concepción positiva defiende en ciertos eventos la intervención del Estado para potenciar las capacidades del sujeto y su compromiso con fines valiosos. De este modo, el deber del Estado no será simplemente un deber negativo de no intromisión, sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de las condiciones que permitan a las personas potenciar sus capacidades para ser, dentro de esta concepción, verdaderamente libres²⁰.

Esta idea de libertad positiva tiene relación directa con dos principios fundamentales de los Estados sociales y

12 Señalo “tradicionalmente”, pues hoy es extendida la idea de reconocimiento y protección de la libertad de expresión como fundamento de un verdadero orden democrático, lo que exige del Estado no solo conductas de abstención, sino actuaciones positivas que fomenten su ejercicio.

13 Alessandro Passerin D’Entrèves, *La Noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política* (Barcelona, Ariel, 2001), 239.

14 Nótese, por ejemplo, la construcción de la 14 enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Véase David P. Currie, “Positive and Negative Constitutional Rights”, *University of Chicago Law Review*, 53 (1986): 864.

15 Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1989), 17.

16 Bobbio, *Liberalismo y democracia*, 19.

17 Berlin, *Cuatro ensayos*, 231.

18 Berlin, *Cuatro ensayos*, 231.

19 Berlin, *Cuatro ensayos*, 231.

20 Un ejemplo que ilustra esta visión positiva de la libertad es la famosa decisión del Tribunal Constitucional alemán 33BVerfE 303 (1972), conocida como el caso del *Numerus Clausus*. En esa sentencia el Tribunal alemán expresó que la garantía de la libertad de ejercer profesión u oficio no está limitada a la protección frente a la intervención gubernamental, sino que se requiere también la existencia y posibilidad de acceso a instituciones educativas.

democráticos de derecho. Por un lado, el de participación, pues, en la medida en que la libertad positiva enfatiza en la capacidad de determinar la propia suerte, para ello es esencial que se garanticen condiciones para que las personas puedan potenciar sus capacidades e intervenir efectivamente en las decisiones que las afectan. Por otro lado, se relaciona con el principio de igualdad y, más precisamente, con lo que se conoce como igualdad sustancial, que justifica la acción o intervención estatal para promover y proteger a personas o grupos que ven disminuida su capacidad de autodeterminación por encontrarse en condiciones de marginalidad o sometidas a prácticas de discriminación²¹.

Cabe señalar que para Isaiah Berlin la concepción de libertad debería centrarse en la idea de libertad negativa. A su juicio, fortalecer la noción de la libertad positiva podría servir de excusa para el desarrollo de regímenes totalitarios, que en nombre de la libertad terminan por inmiscuirse arbitrariamente en el ámbito privado de los ciudadanos. No obstante, también son múltiples las críticas a la propuesta de Berlin de reducir el concepto de libertad a la idea de no interferencia. Los críticos más duros provienen de tradiciones socialistas y comunitaristas que, a diferencia de los defensores de la postura liberal clásica, no temen una mayor intervención del Estado en ciertas circunstancias²². Para estos críticos, por ejemplo, limitar el concepto de libertad a su acepción negativa compromete otros ideales de la libertad, como la participación o la liberación del hambre como condición necesaria para el ejercicio de la libertad. También sostienen que quienes se concentran en la defensa exclusiva de la libertad negativa terminan por desconocer la verdadera naturaleza del hombre como ser social²³.

El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: tensiones y conflictos

Una de las manifestaciones de lo que denominamos libertad es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La

21 Sobre la noción de igualdad sustancial, véase en este libro el capítulo 16, “El derecho a la igualdad y a no ser discriminado”, por César Rodríguez Garavito.

22 Angelo Papacchini, *Los Derechos Humanos. Un desafío a la violencia* (Bogotá: Altamir, 1997), 65-66.

23 Papacchini, *Los Derechos Humanos*.

Actividad 1 Para reflexionar

El legislador expidió una norma que limita la participación en los llamados juegos de suerte y azar a aquellas personas que comprueben ingresos mayores a un salario mínimo. A juicio del legislador, la medida se justifica para garantizar que personas con escasos recursos no disipen sus ingresos, sino que los inviertan en garantizar sus necesidades básicas.

1. Usted es un activo defensor de una concepción de libertad negativa. ¿Considera que esta medida es adecuada?
2. Si, por el contrario, usted defiende una concepción positiva de libertad, ¿considera justificable la medida? Fundamente su respuesta apelando a los conceptos de libertad negativa y positiva propuestos por Berlin.

Constitución lo garantiza en el artículo 16 al señalar: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. La Corte Constitucional ha definido este derecho como “la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”²⁴. También ha dicho que ello implica optar por un plan de vida propio, desarrollando la personalidad conforme a intereses propios, deseos y creencias, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros y no se viole el orden constitucional²⁵. Nótese que en la definición de la Corte están presentes el concepto de libertad como no coacción (negativa) y el de libertad como capacidad (positiva). En efecto, ella trae consigo la idea de que debe existir un ámbito mínimo de libertad sustraído de toda interferencia, pero también la de que la libertad, más allá de la ausencia de obstáculos, debe consistir en la capacidad del sujeto para autodeterminarse.

24 Corte Constitucional. Sentencia SU-642 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, aunque el concepto de libre desarrollo de la personalidad fundado en la idea de posibilidades de diseño y realización de los propios proyectos de vida parece no tener mayores problemas, en la práctica su ejercicio genera aireadas controversias, que reflejan los variados puntos de vista que existen no solo en la Corte, sino en la sociedad. Temas como el aborto, la eutanasia, el cambio de sexo, el consumo de droga, puestos a consideración de dicho tribunal, ilustran las tensiones y dificultades que rodean el análisis sobre el alcance del libre desarrollo de la personalidad²⁶. De allí que, como señala un conocido magistrado, la definición sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución haya dado lugar a muchas de las más notorias, controversiales y complicadas decisiones de la Corte Constitucional²⁷. Para efectos de mostrar la complejidad en el estudio de constitucionalidad²⁸ de medidas que limitan el libre desarrollo de la personalidad, esta parte del escrito inicia con una síntesis de parámetros de decisión utilizados por la Corte Constitucional, para luego ilustrar, por medio de ejemplos, algunas de las controversias generadas a la hora de su aplicación.

Criterios para evaluar los límites al libre desarrollo de la personalidad: la posición mayoritaria

En diferentes decisiones la Corte Constitucional ha hecho un esfuerzo por unificar su jurisprudencia y establecer parámetros de decisión para evaluar medidas que limitan el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad²⁹. Aunque estos criterios pueden variar dependiendo del contexto de la decisión, sirven para iniciar el análisis de los casos en que está involucrado este derecho. Como punto de partida la Corte ha insistido en que se debe indagar si una determinada decisión o conducta es una expresión del libre

desarrollo de la personalidad y, si lo es, si esta es de interés solo para el individuo o si tiene alguna incidencia en terceros. A partir de esta distinción inicial, como se pasará a ilustrar, se siguen otros elementos de análisis.

Cuando la conducta solo afecta al sujeto: diferencia entre medidas perfeccionistas y medidas de protección

El artículo 16 de la Constitución señala que todos tenemos el derecho al libre desarrollo de la personalidad “sin mayores limitaciones que los derechos de terceros y el orden jurídico”. De la lectura de dicho artículo una consecuencia parece seguirse: si corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, en principio no es dable limitar conductas que solo atañen al sujeto y que no interfieren en la órbita de los demás. Esta conclusión que parece derivarse del artículo 16 no es, sin embargo, regla general. Hay ocasiones en las que se justifica establecer límites al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, aun cuando la conducta no afecte derechos de terceros. Principalmente estas restricciones operan cuando la persona, a pesar de no afectar a otros, no tiene la suficiente autonomía para tomar decisiones. En la Sentencia C-309 de 1997, la Corte ilustra el punto, al distinguir entre dos tipos de medidas que pueden afectar el libre desarrollo de la personalidad en eventos en los que no están comprometidos derechos de terceros: 1) las medidas perfeccionistas y 2) las medidas de protección. Las primeras, según la Corte, están prohibidas en nuestro ordenamiento constitucional; las segundas, bajo ciertas condiciones, están permitidas.

Las *medidas perfeccionistas* son aquellas que, a través de instrumentos coactivos, como sanciones penales, imponen a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana. Este tipo de medidas no son admisibles en un Estado constitucional que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos. Por ejemplo, si una norma obliga a todos, so pena de castigo, a profesar la religión católica, dicha medida sería *perfeccionista*, por imponer un determinado modelo de virtud, sin atender al derecho de toda persona de darse a sí misma y poder expresar sus propias creencias. Sin duda alguna, una medida como esa no superaría un examen de constitucionalidad.

26 Para la discusión sobre aborto y eutanasia, véase en este libro el capítulo 14 “Los significados del derecho a la vida”, por Esteban Restrepo Saldarriaga.

27 Manuel José Cepeda Espinoza, “Judicial Activism in a Violent Context: The origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review*, 3 (2004): 529.

28 El estudio de constitucionalidad, esto es, el establecer si determinada medida se ajusta o no a la Constitución, se hace principalmente a través de dos tipos de acciones: la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad. Constitución Política de Colombia (art. 240, num. 4).

29 Entre otras, véanse las Sentencias C-309 de 1997 y T-268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

A diferencia de las anteriores, las *medidas de protección* no pretenden imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana, sino que buscan coactivamente proteger intereses y derechos de la propia persona. En estos casos, “el Estado interfiere en la libertad de acción de una persona que no está afectando derechos ajenos, pero con el objetivo de exclusivamente proteger el bienestar, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la propia persona afectada”³⁰. Para la Corte, las medidas de protección no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, porque en el fondo buscan proteger a futuro la misma autonomía del sujeto. Ellas responden a la noción de libertad como capacidad, pues se fundan en la idea de que en algunos casos el Estado o terceras personas deben tomar decisiones en favor de individuos, incluso en contra de su voluntad aparente, cuando las personas “no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos”³¹. Por ejemplo, una medida como la educación primaria obligatoria³² entra en la categoría de medida de protección, pues en el fondo su objetivo es “fortalecer las capacidades de opción de la persona cuando llegue a la edad adulta”³³.

Nótese, sin embargo, que no toda medida de protección es constitucional *per se*. Existe el riesgo de que, con la excusa de proteger a la persona, el Estado o la sociedad terminen por imponer coactivamente modelos de vida o de virtud contrarios a los que el individuo profesa. En otros términos, que bajo el manto de la protección se impongan medidas de tipo perfeccionista. Por eso la Corte ha insistido en que, aun cuando una medida que limita el libre desarrollo de la personalidad se considere una medida de *protección*, esta debe satisfacer el llamado *juicio de proporcionalidad*³⁴. Mediante este juicio se examina si la medida:

- Persigue una *finalidad constitucional*: una medida de protección no puede tener cualquier finalidad, sino que debe estar orientada a proteger valores que tengan sustento constitucional expreso.
- Es *adecuada* para lograr el fin perseguido: la medida debe efectivamente servir para lograr la finalidad para la cual es adoptada.
- Es *necesaria*: no se conocen medidas alternativas menos lesivas de la autonomía individual. Si existe otro mecanismo eficaz para cumplir la finalidad, que limita en menor grado el libre desarrollo de la personalidad, se debe optar por ese mecanismo menos lesivo de la autonomía.
- Es *proporcional en sentido estricto*: la medida no sacrifica valores y principios de mayor peso que el principio que se pretende satisfacer. Para determinar si una medida de protección es proporcional en sentido estricto, en primer lugar “debe analizarse la importancia de la carga que se impone al individuo en relación con los eventuales beneficios que la propia persona pueda obtener, pues sería irrazonable imponer obligaciones muy fuertes para el logro de beneficios menores”³⁵.

Cuando se afecten derechos de terceros o el interés general: requisito de objetividad

Ya se ha dicho aquí que el libre desarrollo de la personalidad puede ser en principio limitado cuando su ejercicio afecta derechos de terceros o el interés general. No obstante, la Corte ha sido enfática en que no es suficiente invocar el interés general para limitar el alcance del derecho. Ante todo, es necesario demostrar que efectivamente hay una afectación para los derechos constitucionales

Actividad 2
Para discutir

La medida que se ilustra en la Actividad 1 se presenta como una medida de protección. Si fuera demandada, ¿cree usted que superaría el juicio de proporcionalidad? Fundamente su respuesta aplicando los criterios de análisis de dicho juicio.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.
31 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.
32 Constitución Política de Colombia (art. 67).
33 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.
34 Sobre el juicio de proporcionalidad, véase en este libro el capítulo 15 “El derecho a la igualdad y a no ser discriminado”, por César Rodríguez Garavito.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de terceros y que la medida que se piensa adoptar satisface el juicio de proporcionalidad. En otros términos, no es dable limitar el libre desarrollo de la personalidad con el simple argumento de que puede haber una afectación para otros, sino que es necesario demostrar que la conducta que se pretende limitar *objetivamente* afecta derechos de terceros o produce un daño social, y que dicha afectación es de tal magnitud que justifica restringir el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Al igual que lo que sucede con las medidas de protección, así se determine inicialmente que hay *objetivamente* una afectación de derechos de terceros, la medida debe satisfacer el llamado juicio de proporcionalidad.

La Sentencia 309 de 1997 es un buen ejemplo para ilustrar la aplicación de los criterios que se acaban de reseñar. En ella, la Corte examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la norma que establece una sanción de cinco salarios mínimos a los conductores que no utilicen el cinturón de seguridad. Según el demandante, esta norma atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues “el Estado no puede obligar a una persona a que tome medidas de seguridad en contra de su voluntad, mientras sus actuaciones no afecten derechos de terceros”³⁶.

La Corte indagó, primero, si la obligación de llevar el cinturón de seguridad es una conducta destinada a proteger exclusivamente al conductor o si también se dirige a proteger derechos de terceros. Con fundamento en conceptos técnicos, la Corte concluyó que el cinturón de seguridad está diseñado principalmente para proteger la vida y la integridad física de quien lo utiliza, y que los efectos para terceros por la omisión de su uso son incidentales y de poca ocurrencia. En este sentido, insistió en que el límite al libre desarrollo de la personalidad fundado en la protección de derechos de terceros debe hacerse sobre la base de amenazas o daños *objetivos* para los derechos de otros, y no simplemente potenciales o incidentales, como ocurre en este caso³⁷.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997.

37 La Corte, por ejemplo, rechazó los argumentos de algunos intervinientes que sostenían que la obligación de utilizar el cinturón de seguridad se justifica para evitar mayores costos al sistema de seguridad social. Para la Corte, de admitirse este argumento, se abriría la puerta para imposiciones arbitrarias en materia del cuidado de la salud.



Andrés Monroy Gómez.

Lo segundo, fue indagar sobre el tipo de medida. Para la Corte, la obligación de utilizar el cinturón de seguridad estaba lejos de ser una medida perfeccionista que impone al sujeto un determinado modelo de virtud. En términos de la Corte: “no resulta razonable pensar que una persona está dispuesta a morir o a resultar gravemente lesionada porque considera que el no uso del cinturón de seguridad es un elemento central de su proyecto de vida, pero que en cambio no acepta pagar cinco salarios mínimos diarios por cometer tal infracción”³⁸. La conclusión fue entonces que la norma objeto de estudio consagra una *medida de protección*, cuya finalidad es la de salvaguardar otros derechos del interesado, como su vida y su integridad personal e, incluso, garantizar el ejercicio de su misma autonomía comprometida ante un grave accidente.

En desarrollo del juicio de proporcionalidad, la Corte consideró que en este caso se cumplían los requisitos: primero, porque la medida tiene una *finalidad constitucional*, al proteger valores constitucionales como la vida, la integridad personal y la misma autonomía del sujeto; segundo, porque es *adecuada* para el logro del fin propuesto, en tanto que está comprobado que el uso del cinturón de seguridad reduce efectivamente los riesgos para la persona; tercero, porque cumple con el requisito de ser *necesaria*, en cuanto, se trata de un típico caso de “incoherencia” de “falta de competencia básica” o “debilidad de la voluntad”, frente al cual las otras medidas alternativas, como las campañas educativas, si bien son

38 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.

Actividad 3

Para reflexionar

Lea la Sentencia C-239 de 1997, que declaró inconstitucional la penalización del homicidio por piedad de personas que sufren una enfermedad terminal y solicitan expresamente a un médico que las ayude a morir. Contraste esta decisión con la del cinturón de seguridad (Sentencia C-309 de 1997), descrita en este acápite. Con base en lo aprendido, ¿considera usted que se justifica la diferencia en las decisiones tomadas por la Corte en estos dos casos?

importantes, y es deber de las autoridades desarrollarlas, no parecen suficientes. De manera concreta, “la multa opera aquí como un refuerzo de los mensajes educativos”³⁹; finalmente, la medida es proporcional, dado que la carga que se le impone al sujeto –utilizar un cinturón de seguridad–, al igual que la eventual sanción, es mínima en comparación con los posibles beneficios.

Conflictos de visiones en la aplicación de los criterios de aproximación

El ejemplo arriba señalado puede parecer un caso poco polémico y de fácil resolución. De hecho, la decisión de la Corte fue unánime⁴⁰. Sin embargo, como se ha insistido, el análisis de los límites al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad dista mucho de ser un ejercicio sencillo. Para mostrar la complejidad, en lo que sigue se presentarán algunas de las controversias que ha generado la aplicación de los criterios expuestos, en especial acerca de a tres temas: 1) el de determinar si una conducta solo atañe a la persona objeto de la limitación o, por el contrario, si su conducta tiene efectos perjudiciales en terceros; 2) si la moral –y, en especial, la moral social– puede ser considerada como un argumento de interés general que sirva de fundamento para limitar dicho derecho; y 3) el alcance del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad en los menores de edad.

Cuando la conducta involucra exclusivamente la órbita personal del sujeto

Si uno de los criterios fundamentales para limitar el libre desarrollo de la personalidad es la afectación de derechos de terceros, es de suponer que el Estado no debe intervenir en conductas que en principio atañen solo al individuo. En la Sentencia C-221 de 1994, la Corte lo expresó en los siguientes términos: “el legislador puede prescribirme la forma como debo comportarme con otros, pero no la forma como debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie”⁴¹. Como se indicó, las medidas que pretenden imponerle a la persona una forma de ser, que obligan a los individuos a adoptar un determinado modelo de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, aun cuando su conducta no afecte derechos de terceros, se denominan medidas perfeccionistas, que están proscritas por el ordenamiento constitucional. Sin embargo, es posible que a la luz de la Constitución se limite la conducta de una persona, aun cuando no haya afectado derechos de terceros, para proteger otros valores constitucionales e incluso la posibilidad de que la persona pueda ejercer su autonomía en un futuro.

A la hora de enjuiciar si una determinada medida constituye una restricción arbitraria del libre desarrollo de la personalidad, se pueden presentar distintos puntos de vista. La controversia radica en determinar si, primero, una conducta realmente solo afecta al sujeto o si también tiene efectos en terceros, y segundo, si, a pesar de no tener efectos aparentes en terceros, se debe prohibir toda intervención del Estado, pues, como se mostrará, hay quienes insisten en que los sujetos no pueden hacer todo lo que quieran, así no afecten a otros, pues “deben atender al sistema de valores imperantes en la sociedad”⁴².

La controversia en el caso del nombre y de patrones estéticos como expresión de identidad

Para ilustrar la controversia resulta útil retomar el caso sobre el pelo largo en los colegios. Como se indicó, se trata de un asunto frecuente en el cual las visiones sobre el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad

39 Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 1997.
40 Fue unánime, en la medida en que todos consideraron que la norma era constitucional. No obstante, dos magistrados aclararon su voto para distanciarse de algunos argumentos.

41 Corte Constitucional, Sentencia 221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
42 Véase el salvamento de voto a la Sentencia C-309 de 1997.

entran en conflicto. Para entender la discusión, lo primero es señalar que, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, toda persona debe tener la posibilidad de construir su propia identidad; ello implica, entre otros aspectos, tener el derecho a tomar decisiones sobre la apariencia personal y la forma en que cada quien quiere presentarse ante los demás. Aunque no es evidente que la decisión sobre el aspecto que las personas deciden adoptar afecte derechos de terceros, esta controversia está a la orden del día en contextos como el escolar o el laboral. En los llamados casos del pelo largo en los colegios, buena parte de la controversia se da por el hecho de que el estudiante se encuentra en un plantel educativo que tiene la libertad para establecer ciertas reglas en aras de

garantizar disciplina y condiciones de convivencia entre los estudiantes. Se discute entonces si la imposición de un determinado patrón estético –un límite claro al libre desarrollo de la personalidad– encuentra una justificación objetiva y razonable en la protección de derechos de terceros. La respuesta en Colombia no ha sido fácil.

De hecho, la Corte por años fue inconsistente en sus decisiones frente a este tipo de controversias: en algunos casos protegiendo el libre desarrollo de la personalidad del estudiante y en otros dando la razón al plantel educativo. Por ejemplo, en la Sentencia T-065 de 1993 la Corte concedió la solicitud de unos estudiantes a los que se les exigía llevar el pelo corto para poder continuar en el plantel educativo. En dicha sentencia, la Corte señaló que “la longitud del cabello, es pauta de comportamiento que se debe inducir en el estudiante por los mecanismos propios del proceso educativo. Nunca mediante la vulneración de derechos fundamentales”. Posteriormente, en la Sentencia T-366 de 1997, la Corte decidió un caso similar, pero en sentido contrario. En ese fallo consideró que las directivas no atentaron contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad del estudiante, pues se trató de un requisito razonable en aras de garantizar derechos de terceros. Para la Corte, en dicho fallo: “la exigibilidad de



Andrés Monroy Gómez.

reglas mínimas al alumno resulta acorde con sus propios derechos y perfectamente legítima cuando se encuentra expresamente consignada en el Manual de Convivencia que él y sus acudientes, de una parte, y las directivas del respectivo Colegio, por la otra, firman al momento de establecer la vinculación educativa”.

Ante estas inconsistencias la Corte decidió proferir sentencias de unificación⁴³. En ellas la Corte considera que, si bien los planteles educativos tienen el derecho de definir sus manuales de convivencia, esta facultad no es ilimitada, pues no pueden incluir normas que violen los derechos fundamentales. Para la Corte imponer patrones estéticos tales como el de exigir a los hombres llevar el pelo corto en los colegios es un ejemplo de una medida contraria a la Constitución, porque incide severamente en la forma en la que el estudiante quiere presentarse a los demás y porque no hay una razón objetiva que permita deducir que de llevarse el pelo largo se sigue algún tipo de afectación para los demás estudiantes o para la convivencia del plantel educativo.

43 Corte Constitucional. SU-641 y SU-642 de 1998. Las sentencias de unificación (SU) son proferidas por la sala plena de la Corte sobre acciones de tutela para unificar la jurisprudencia o sentar doctrina en un tema.

La controversia sobre el consumo personal de droga

Uno de los fallos más polémicos de la Corte, el de la llamada despenalización de la dosis personal de droga, sirve también para mostrar los diferentes puntos de vista que subyacen en el análisis del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. En la Sentencia C-221 de 1994 la Corte analizó si eran constitucionales dos preceptos legales que imponían penas de prisión o internamiento forzoso en establecimiento psiquiátrico a quienes llevaran consigo o consumieran dosis personales de marihuana, hachís, cocaína o metacualona o a quienes, aun sin ser sorprendidos en tales situaciones, se les probara alguna afección derivada del “consumo de drogas que producen dependencia”⁴⁴.

Para la mayoría de magistrados, en dicha decisión, la interferencia estatal en el consumo personal de droga constituye un ejemplo claro de injerencia indebida en la autonomía individual, que atenta contra la dignidad humana y compromete el libre desarrollo de la personalidad. A su juicio, las medidas en consideración eran claramente perfeccionistas, pues buscaban en abstracto sancionar un modo de vida, sin que fuera clara la afectación de derechos de terceros. Para estos magistrados, del consumo de droga no se sigue forzosamente el que el individuo cometa conductas que afecten los derechos de los demás. Para la mayoría, lo que estas normas terminaban por penalizar era el hecho de “ser drogadicto”, conducta que por sí sola no puede ser sancionada dentro de un ordenamiento respetuoso de la autonomía y libertades individuales. Textualmente, señala la sentencia:

[...] a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace [...]. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa.

En todo caso, la posición mayoritaria no descartó que el Estado considerara medidas tendentes a disminuir la drogadicción, como, por ejemplo, promover campañas educativas sobre los efectos nocivos de la droga. Sin

44 Las normas demandadas eran: el literal *j* del artículo 2 y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986, “Estatuto Nacional de Estupefacientes”.

Actividad 4

Para investigar

Considere el caso de una persona que quiere cambiar de nombre por uno que refleje mejor su identidad. Como ejemplos de nombres considere los de: Millonarios, Muerte al Comunismo y Dios Santísimo Redentor. ¿Podría la Notaría negarse a aceptar estos nuevos nombres sin violar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del sujeto en cuestión?

Para sustentar su respuesta, consulte la Sentencia T-168 de 2005. Usted puede estar o no de acuerdo con dicha decisión, pero debe leerla previamente para justificar su posición.

embargo, se insiste, consideraron que no es posible para el Estado, por vía de la represión, establecer una prohibición absoluta al consumo de droga.

En su salvamento de voto, los magistrados contrarios al fallo sostuvieron una posición radicalmente distinta. Por un lado, consideraron que la propuesta de despenalizar el consumo de droga responde a una concepción equivocada de libertad. A su juicio, es un grave error confundir la “auténtica libertad” con “el libertinaje” o “la facultad ilimitada de cada quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aun llegando a extremos de irracionalidad”⁴⁵. Para estos magistrados, así el consumo personal de droga fuera una conducta que no tuviera efectos en terceros, la intervención del Estado se justificaría en aras de potenciar las capacidades del sujeto y no disminuir, sino por el contrario, reconocer plenamente su dignidad. En sus propios términos: “Quienes suscribimos este Salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana, cuando es precisamente ésta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga”⁴⁶.

45 Véase el salvamento de voto en la Sentencia C-221 de 1994.

46 Salvamento de voto, Sentencia C-221 de 1994.

El disenso no solo radicó en el concepto de libertad. Estos magistrados tampoco estuvieron de acuerdo en que el consumo de dosis personal de droga se mire como una conducta privada, que pertenece exclusivamente a la órbita individual del sujeto. Para estos magistrados el consumo de droga atenta contra derechos de terceros, pues trasciende a la comunidad y afecta tanto el interés general como el bien común: “a partir de la interpretación que se ha impuesto, [la colectividad] no contará siquiera con el amparo de la ley para reprimir el uso de la droga, ni para actuar sobre el drogadicto con miras a su recuperación. Los elementos de defensa social han sido excluidos así del ordenamiento jurídico”⁴⁷. Así mismo, consideraron que la afectación de terceros era evidente, si se tiene en cuenta el padecimiento que pueden sufrir los familiares del sujeto consumidor de drogas.

La polémica en torno a la moral social como límite al libre desarrollo de la personalidad

Ya se ha dicho aquí que el concepto del interés general también está presente a la hora de justificar los límites al libre desarrollo de la personalidad. Como se señaló, la posición mayoritaria no descarta que pueda ser aducido como causa justificante, pero ha dicho que en sí mismo no es argumento suficiente para limitar el libre desarrollo de la personalidad, sino que deben mediar otras consideraciones, como el demostrar que la conducta “objetivamente” produce un daño social. Otra posición, como la que se

expresa en el salvamento de voto en el fallo de la despenalización de la dosis personal, parece insistir en que la noción de interés general sí es un argumento suficiente para entrar a intervenir conductas que en principio se estiman de la órbita particular del sujeto.

Más allá de esta controversia, se ha presentado una de gran interés para los juristas y responde básicamente a la idea de si la moral –y particularmente la moral social– puede verse como un asunto de interés general que pueda ser considerado a la hora de limitar el libre desarrollo de la personalidad. Debe señalarse que en diferentes decisiones la Corte ha apelado a la moral social o moral pública para establecer condicionamientos al libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo, en la Sentencia T-620 de 1995⁴⁸ consideró que no atentaba contra ningún derecho fundamental el desalojo de personas que ejercían la prostitución en un barrio residencial, pues, entre otras razones, esta era una conducta “inmoral” que no era “digna de amparo legal y constitucional”. Para los magistrados que suscribieron el fallo, era indudable que la prostitución atentaba contra la moral social, especialmente, según ellos, la de los menores. De igual forma, en la Sentencia C-404 de 1998⁴⁹ se apeló a la moral social como uno de los fundamentos para penalizar la conducta de incesto. Allí se señaló que la prohibición del incesto se justifica no solo para proteger a la familia, sino también para salvaguardar “principios morales fuertemente arraigados en la sociedad”.

Estas referencias a la moral social o pública como límite al libre desarrollo de la personalidad han generado una ardua polémica dentro de la Corte. Por un lado, hay quienes piensan que es innecesaria la referencia, por considerar que debe existir una distancia entre el derecho y la moral. Esta posición se expone con claridad en la aclaración de voto de algunos magistrados⁵⁰ a la sentencia del incesto. Se dice en dicha aclaración:

¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan abstruso como que, además, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye

Actividad 5

Para reflexionar

1. ¿Comparte los argumentos de la Sentencia C-221 de 1994?
2. ¿Es compatible esta decisión con lo establecido en la sentencia sobre el cinturón de seguridad?
3. Si el Estado colombiano mediante sanciones penales prohibiera el consumo de comidas grasas, porque pueden causar obesidad y problemas cardiacos, ¿sería diferente su respuesta?

47 Salvamento de voto, Sentencia C-221 de 1994.

48 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

49 MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz. Nótese que el magistrado Gaviria aclaró su voto, pues, si bien compartió el sentido del fallo, consideró innecesaria la referencia a la moral social.

50 Aclaración de voto suscrita por los magistrados Antonio Barreira Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz.

Recuadro 1
Diez años de controversia: reacción a la Sentencia C-221

Las reacciones en favor y en contra a la sentencia C-221 de 1994 no se hicieron esperar. Los opositores adelantaron diferentes intentos de reforma constitucional para contrarrestar sus efectos. Como una de sus banderas, el entonces presidente Álvaro Uribe se propuso lograr que en Colombia se sancionara nuevamente el consumo personal de droga. Aunque no logró restablecer la penalización del consumo, sí consiguió (después de varios intentos) que el Congreso, a través del Acto legislativo 02 de 2009, modificara el artículo 49 de la Constitución para incluir algunos límites. El párrafo que dicho acto legislativo adicionó al artículo 49 de la Constitución (y que hoy está vigente) es el siguiente:

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

En julio de 2011 la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-574 de 2011, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, incluida en el Acto legislativo 02 de 2009. Según los demandantes, esta era una medida perfeccionista contraria a los principios constitucionales de autonomía, dignidad humana y pluralismo. Igualmente, consideraron que el legislador se extralimitó en sus funciones al establecer una reforma que sustituye la esencia de la Constitución de 1991. En esa oportunidad la Corte se declaró inhibida para fallar la demanda. No obstante, en la parte motiva, dejó en claro que hoy en día, aunque el uso del consumo de drogas esté “prohibido”, no procede la pena privativa de la libertad para el consumidor. Las medidas que se pueden adoptar son de carácter administrativo y la persona debe otorgar su “consentimiento informado” antes de someterse a ellas.

En ese mismo año surgieron otro tipo de discusiones, entre ellas, sobre los costos de implementar la reforma constitucional de 2009. El Ministro de Protección Social de la época anunció que el gobierno no tendría recursos para adelantar una gran campaña de prevención y rehabilitación, campaña que, además, consideró poco efectiva. En el 2011, se revivió además el fantasma de la penalización. El Congreso expidió la Ley 1453 de 2011*, por la cual modificó el artículo 376 del Código Penal para establecer sanciones al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Entre otras modificaciones, el legislador eliminó la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, contenida en la redacción original de dicho artículo. Esta norma fue demandada y la Corte Constitucional, en la Sentencia C-491 de 2012, declaró que la modificación al artículo 376 del Código Penal era constitucional, pero bajo “el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de ‘tráfico, fabricación y porte de estupefaciente’ previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada”.

* *Diario Oficial*, núm. 48.110 de 24 de junio de 2011.

un límite al libre desarrollo de la personalidad? // Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. i) ¿Cómo se reconoce esa “moralidad pública”? ¿Existe algún criterio objetivo para reconocerla [...]? Y si tal es el caso, cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa “moralidad pública” que repudia el incesto, clama porque se le desestime con una sanción penal? [...] Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?

No obstante, contrario a esta posición, varios magistrados consideran que el legislador se encuentra autorizado para plasmar en una norma un determinado principio moral y que la moral pública no puede entenderse como carente de capacidad para justificar, en algunos eventos, ciertas restricciones a la libertad. Así mismo consideran que el argumento moral no debe resultar absolutamente irrelevante para los efectos del control de constitucionalidad, pues el juez no puede sustraerse de “toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige”⁵¹.

¿Pero qué entender por moral social? Allí radica la controversia entre los mismos magistrados partidarios de considerar esta variable. Para unos, por moral social se debe entender la moral de la mayoría, lo cual en la práctica se traduce en la moral cristiana⁵². Para otros, la moral social no necesariamente designa a la moral cristiana, sino básicamente principios morales fuertemente arraigados en la sociedad. En cualquier caso, este es un debate que no está resuelto y que ilustra los problemas a la hora de delimitar el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Controversias sobre el alcance del libre desarrollo de la personalidad en los menores de edad

Para terminar volvamos al caso del pelo largo. El lector ha debido anticipar que en la mayor parte de este tipo de casos se trata de menores de edad. De igual forma, ha debido intuir que a los menores de edad se les protege

Actividad 6

Para discutir

La orientación sexual es una dimensión protegida del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte Constitucional reiteradamente ha insistido en que no puede castigarse a una persona por tener una determinada orientación sexual. No obstante, en Colombia se dan discusiones frecuentes cuando las personas expresan una orientación sexual que no se aviene a la de la mayoría. En el país, al igual que en otros lugares, una fuerte controversia se ha dado frente a la propuesta de permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Aunque esta discusión toca aspectos centrales del derecho a la igualdad, también involucra el alcance del libre desarrollo de la personalidad, pues escoger pareja afectiva es parte del ejercicio de este derecho.

Asuma que es usted un congresista que tiene que participar en la discusión de un proyecto de ley que busca permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Como usted es un legislador muy juicioso, antes de manifestar su opinión y dar su voto quiere conocer todos los puntos de vista en este debate. Para ello:

1. Usted debe identificar cuáles son los argumentos a favor y en contra.
2. Con base en una opinión informada, debe explicar cuál sería su voto y por qué.

el derecho a libre desarrollo de la personalidad, aunque es posible imponer mayores límites. La idea central del análisis de la Corte es, en general, la de determinar cómo proteger la autonomía del menor a futuro. Los casos del pelo largo o del uso de una determinada forma de vestir entran en esa categoría. Ellos parten de la idea de que la persona en su desarrollo debe tener un espacio para construir su identidad y empezar a tomar decisiones que le permitan más adelante desarrollar su autonomía de manera plena. También, por lo menos a la luz de la jurisprudencia de la Corte, mientras más claras sean las facultades de autodeterminación del menor mayor será la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad y menores serán las posibilidades de inferir en sus

51 Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 1998.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

decisiones cuando no afectan a terceros⁵³. Sin embargo, como sucede con otros ejemplos de libre desarrollo de la personalidad, aplicar estos criterios a casos concretos no es siempre sencillo.

Por ejemplo, a primera vista puede considerarse que los padres están facultados para tomar decisiones sobre tratamientos médicos de sus hijos menores. En general, no hay mayor controversia por el hecho de que unos padres obliguen a su hijo pequeño a recibir una vacuna, a pesar de que este rechace la intervención. No obstante, tal conclusión puede cambiar si el menor no es un infante, sino un joven con mayores facultades de autodeterminación. Un caso que ilustra el punto fue abordado por la Corte en la Sentencia T-474 de 1996. La Corporación tuvo que decidir si el padre de un joven, a quien le faltaban pocos meses para cumplir 18 años, podía obligarlo a aceptar una transfusión de sangre necesaria para salvarle la vida. El menor, testigo de Jehová, rechazaba enfáticamente la intervención por motivos religiosos. El caso era difícil, precisamente por la cercanía del joven a la mayoría de edad. Unos meses más tarde no habría duda en que la decisión de la Corte sería la de aceptar que la persona rechazara el tratamiento médico, así estuviera en riesgo de perder la vida. Pero, en este caso, la Corte permitió al padre tomar la decisión por su hijo, dada la urgencia de la intervención y porque, se consideró que el menor había dado indicios de su deseo de vivir, al dar su consentimiento al tratamiento de la quimioterapia. La Corte también señaló que el fallo buscaba proteger a futuro el libre desarrollo de la personalidad del joven, pues, si no se le garantizaba la vida, era imposible que pudiera ejercer más adelante su autonomía plena.

Esta decisión, que de hecho no fue unánime, no puede entenderse como carta blanca para que los padres o tutores tomen cualquier determinación médica frente a personas que no han cumplido la mayoría de edad. Esto, según la Corte, por tres razones: primero, “por cuanto el menor no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”⁵⁴; segundo, porque las reglas de mayoría de edad ayudan como ilustración de

la capacidad decisoria, pero no indican necesariamente el grado de autonomía de una determinada persona; en otros términos, el número de años de la persona es importante como guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional de un menor, pero no es un elemento que pueda ser “absolutizado”⁵⁵; tercero, porque no es siempre sencillo determinar si una intervención es de carácter “urgente y necesaria”⁵⁶, como sí lo era en el caso del menor testigo de Jehová.

La dificultad de definir esos criterios quedó clara en dos sentencias hito de la Corte, ambas en materia de adecuación genital. En la Sentencia T-477 de 1995⁵⁷, la Corte decidió el caso de un menor de sexo masculino a quien un perro cercenó sus genitales externos a los seis meses de edad. De acuerdo con sugerencias médicas, los padres dieron autorización para que al menor le realizaran un complejo procedimiento quirúrgico y psicológico que lo convirtiera en mujer. El menor nunca se identificó psicológicamente con el rol femenino que se le había impuesto y llegada la pubertad buscó, a través de la acción de tutela, que se restableciera su identificación masculina. En esta sentencia, la Corte indicó que, en este tipo de casos, en el que están involucrados tratamientos médicos en menores, debe tenerse en consideración especiales parámetros de análisis, a saber: “(i) la urgencia del tratamiento; (ii) el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor, (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica; y, por supuesto, (iv) la edad del niño”.

Con base en dichos elementos, al estudiar el caso en concreto, la Corte se preguntó si, ante la emasculación de los órganos genitales externos del menor, los padres estarían facultados a autorizar libre y autónomamente su readecuación de sexo. A juicio de la Corte ello no era posible, dado que el reconocimiento del menor como una autonomía y libertad en formación imponía la necesidad de obtener previamente su consentimiento para adelantar dicha práctica médica. Así pues, la Corte le dio la razón al menor y concedió la tutela para que se le realizaran los tratamientos necesarios para restablecerle el sexo masculino.

53 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
54 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1997.

55 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1997.
56 Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 1997.
57 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Actividad 7

Para reflexionar

Busque en Internet la ley argentina de identidad de género número 26.743. Si en Colombia se aprobara una ley similar, ¿considera que el artículo 3 sería constitucional? ¿Sucedería lo mismo en relación con el artículo 5 de dicha ley? Fundamente su respuesta a la luz de lo aprendido.

Una segunda sentencia hito en esta materia es la SU-337 de 1999⁵⁸. En ella la Corte se pronunció sobre una tutela interpuesta en contra de una entidad promotora de salud que se negaba a practicar una cirugía de asignación de sexo a un menor que nació con hermafroditismo. La madre, quien interpuso la acción, insistía en que por recomendación médica era necesario hacer la cirugía de inmediato, pues si se esperaba a que la persona tuviera capacidad de decidir ya sería demasiado tarde. Para la madre la negativa de realizar la cirugía constituía un atentado al libre desarrollo de la personalidad del infante, quien tiene derecho a que “a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social”.

Para tomar su decisión, la Corte solicitó un gran número de pruebas a grupos científicos nacionales e internacionales y a diferentes organizaciones sociales. Encontró que, si bien hay un relativo consenso en la comunidad científica en que, a edades muy tempranas, la adecuación de sexo puede ayudar al desarrollo del menor, después de superarse un umbral crítico de edad surgen riesgos excesivos en este tipo de cirugías que no permiten concluir con absoluta certeza que la adecuación genital sea la mejor opción para la persona. En este caso –dado que la paciente de ocho años ya había superado el umbral crítico de edad, se enfrentaba a un procedimiento altamente invasivo y existían cuestionamientos científicos razonables sobre su conveniencia– la decisión de la Corte fue la de negarle la tutela a la madre y ordenar que la intervención se suspendiera hasta tanto la menor pudiera autónomamente expresar su consentimiento. La Corte dejó en claro, sin embargo, que para prestar su consentimiento la menor

debería ser apoyada por un grupo interdisciplinario y que no había que esperar hasta que cumpliera los diez y ocho años, sino al momento en que se determinara que su decisión era autónoma.

Consideraciones finales

A manera de conclusión, el presente ensayo intentó presentar aproximaciones al concepto de libertad, y algunos de los dilemas y tensiones que se presentan a la hora de abordar casos concretos en los que está comprometido el ejercicio del llamado libre desarrollo de la personalidad. En medida alguna pretendió ser una reseña completa de los posibles conflictos o de los distintos puntos de vista que subyacen a esta controversia. No obstante, a través de los pocos ejemplos el objetivo era lograr que el estudiante entendiera la complejidad de aquel derecho esencial que llamamos libertad.

Glosario

Libertad negativa. Ausencia de obstáculos o de interferencias en la órbita de acción del individuo.

Libertad positiva. Capacidad del individuo de gobernarse a sí mismo.

Medidas de protección. Las que se adoptan a favor de personas que no han adquirido suficiente independencia de criterio o se encuentran en situaciones de debilidad de la voluntad o incompetencia que les impiden diseñar autónomamente su plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses o de actuar a favor de ellos.

Medidas perfeccionistas. Aquellas que buscan imponer, mediante la amenaza de sanciones, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. Están prohibidas en el ordenamiento constitucional colombiano.

Personalidad. Conjunto de rasgos peculiares del ser y del obrar de cada persona que le permiten caracterizarse y ser distinta de los demás seres humanos.

Pluralismo. Principio por el cual se aceptan y reconocen dentro de una sociedad diferentes cosmovisiones o formas de ver el mundo. Un Estado respetuoso del pluralismo deberá facilitar la convivencia dentro de la diversidad, sin que le sea dable oficializar una particular cosmovisión.

Material de apoyo

Videos y documentales

- *Hermaphrodites Speak* (Intersex Society of North America; 34:59). En línea: https://www.youtube.com/watch?v=VMER3_nxIN0
- *My Sister's Keeper - La decisión más difícil* (Nick Cassavetes, 2009). Película que narra la historia de una niña de once años que demanda a su madre para evitar ser obligada a donarle un riñón a su hermana mayor.
- “¿Qué hay detrás del suicidio de Sergio Urrego?” Colombia Diversa; 2:54). En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=4CisMFeaZV4>
- *Reportaje a hijos de padres gay ¿son diferentes a los nuestros?* (Rikki Beadle Blair; 3:47). En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=3CtVKGLVnRI>
- *Rodrigo D: no futuro* (Víctor Gaviria, 1990). Narra la historia de un joven en Medellín que, tras la muerte de su madre, dedica sus días a escuchar y llevar un tipo de vida punk.
- *Su nombre es Sabine* (Señal Colombia; 1:24) En línea: <http://especiales.senalcolombia.tv/encinenosvemos/content/su-nombre-es-sabine>
- *Tabú Latinoamérica* (FoxPlay, 2009). En línea: <http://www.foxplay.com/co/show/6901-tabu-latinoamerica>
- *XXY* (Lucía Puenzo, 2007). Película argentina que trata la historia de una persona intersexual de 15 años que junto con sus padres huye a una pequeña villa frente al mar para evitar ser rechazada por la sociedad y muestra el proceso de aprender a aceptar su condición.

Libros y artículos

- *Crome Yellow - Los escándalos de Crome* (Aldous Huxley). Describe a un grupo de intelectuales esnobistas, sensuales y cínicos que pasan un fin de semana en Crome, la casa de campo de Henry y Priscilla Wimbush, una pareja típica de la sociedad inglesa de entonces.

Referencias bibliográficas

Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 2003.

Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Cepeda Espinoza, Manuel José. "Judicial Activism in a Violent Context: The origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court". *Washington University Global Studies Law Review*, 529 (2004).

Currie, David P. "Positive and Negative Constitutional Rights". *University of Chicago Law Review*, 53 (1986): 864.

Donnelly, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2 ed. Nueva York: Cornell University Press, 2003.

Defensoría del Pueblo. *Derechos Humanos ¿Qué son los derechos humanos?* Bogotá, 2001.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

McCallum Jr. "Negative and Positive Freedom". *Philosophical Review*, 76 (1967): 320.

Nun, José. *Democracia. Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Papacchini, Angelo. *Los Derechos Humanos. Un desafío a la violencia*. Bogotá: Altamir, 1997.

Passerin D'Entrèves, Alessandro. *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*. Barcelona: Ariel, 2001.

Steiner, Henry J. y Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press, 2000.

Uprimny, Rodrigo et al. *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá: Legis, 2006.

Los significados del derecho a la vida

Esteban Restrepo Saldarriaga

dignidad
Vida aborto
salud *eutanasia*



Objetivos de aprendizaje

- Comprender el derecho a la vida en sus dimensiones de vida biológica y vida digna.
- Acercarse al debate en torno a la problemática del derecho a la vida.
- Considerar la amplitud y complejidad del derecho a la vida.
- Relacionar el derecho a la vida con otros, como el derecho a la salud y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.



Guía de estudio

¿Qué protege el derecho a la vida?, ¿cuál es la vida cuyo contenido es inviolable?, ¿es la vida un concepto unívoco o tiene múltiples significados, a efectos de su protección como derecho humano?, ¿de quién es la vida? ¿del individuo exclusivamente? El presente capítulo explora los múltiples significados e interrogantes sobre el derecho a la vida e intenta responderlos, en alguna medida. Explica las nociones de vida biológica y de vida digna y las obligaciones de los Estados de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Termina con una serie de ejemplos concretos de aplicación del derecho en la jurisprudencia constitucional, incluyendo el aborto, la eutanasia y la provisión de servicios de salud.

Introducción

El derecho a la vida es el primero de los derechos cuya protección garantizan las constituciones contemporáneas y los principales tratados internacionales de derechos humanos. Es natural, pues la vida es la precondition necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho. Sin vida no existe el individuo titular de los derechos humanos¹. Pero, ¿qué protege el derecho a la vida?, ¿cuál es la vida cuyo contenido es inviolable? ¿es la vida un concepto unívoco o tiene múltiples significados a efectos de su protección como derecho humano?, ¿de quién es la vida?, ¿del individuo exclusivamente?, ¿de grupos sociales más amplios como la familia o la nación? Estas preguntas pueden suscitar gran perplejidad, en cuanto ponen en evidencia que el más básico de todos los derechos humanos es mucho más complejo de lo que parece a primera vista.

El presente capítulo explora los múltiples significados e interrogantes del derecho a la vida e intenta responderlos, en alguna medida. Aunque para efectos explicativos es posible separar las distintas concepciones o significados del derecho a la vida, en la aplicación de las políticas públicas y en las decisiones o fallos judiciales es difícil deslindar con precisión las distintas nociones. Por tanto, podría afirmarse que las nociones de vida biológica y de vida digna que se exponen a continuación están interrelacionadas. Son conceptos interdependientes que, en la mayoría de las actuaciones de las autoridades públicas, se tornan inseparables y no se pueden distinguir.



Carlos Ramiro Sierra Ruiz

1 En el presente texto se utilizan indistintamente los términos “persona”, “sujeto” o “individuo” para referirse al titular de los derechos humanos. Aunque para la antropología, la psicología u otras ciencias sociales esta utilización puede implicar problemas conceptuales, desde la perspectiva del derecho se estima que los tres términos son sinónimos, a efectos de adscribir la titularidad de los derechos humanos.

La dimensión biológica del derecho a la vida

La noción más clara y directa del derecho a la vida es la que se refiere a la dimensión biológica, es decir, a la vida en su expresión exclusivamente corporal y física. Esta, que es la manifestación más básica del derecho a la vida, impone al Estado la obligación fundamental de proteger la integridad física de las personas.

Obligaciones básicas del Estado

Tradicionalmente, el derecho a la vida ha sido concebido como un derecho civil y político y, por tanto, el Estado debe protegerlo y garantizarlo mediante el cumplimiento de las obligaciones que se señalan a continuación². Las autoridades públicas están obligadas a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y castigar cualquier daño, vulneración o amenaza a la integridad física de los ciudadanos. Se trata de preservar la vida de las personas, para que no resulte afectada en su dimensión biológica por acciones u omisiones del propio Estado o de los particulares. Esta obligación genérica se concreta en obligaciones más específicas de protección, respeto y garantía, cuyo cumplimiento y promoción establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³.

2 Sobre esta enumeración de obligaciones del Estado en la protección de la dimensión biológica del derecho a la vida, véase Comité de Derechos Humanos, 16 período de sesiones (1982), "Observación General núm. 6. El derecho a la vida" (Doc. n.u. hri/gen/1/Rev.6, 2003), 127. La mejor aproximación existente en Colombia acerca de las distintas fuentes de derecho internacional y derecho colombiano que sustentan las obligaciones del Estado en la protección, garantía y promoción del derecho a la vida es la de Olga Lucía Gaitán García, *Los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad y la seguridad personales. Alcance, contenido y obligaciones del Estado*, vol. 1 (Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2005), 108-226. En lo que sigue se utiliza el esquema de obligaciones propuesto por Gaitán y las fuentes que indica en su libro.

3 Véase, en general: Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context* (Oxford University Press, 2000), 180-87; Comité de Derechos Humanos, 80 período de sesiones, "Observación General núm. 31, La naturaleza general de la obligación impuesta a los Estados Partes en el Pacto" (Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.I/Add.13, 2004). En materia de derechos económicos, sociales y culturales, véase Philip Alston y Gerard Quinn, "The Nature and Scope of States' Parties Obligations Under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, 9 (1987): 166; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5 período de sesiones, "Observación General núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Doc. N.U. E/1991/23, 1990).

Obligaciones de respeto

Estas obligaciones conducen a que el Estado cumpla con sus deberes más básicos en la realización de los derechos humanos. Las obligaciones de respeto "exigen al Estado que trate a las personas con igualdad, que respete su dignidad y valor individuales, y, por ende, que no interfiera o vulnere los derechos de que son titulares"⁴. Con frecuencia, se ha afirmado que son de naturaleza "negativa" porque imponen a las autoridades públicas el deber de abstenerse de interferir o vulnerar los derechos humanos. Tradicionalmente las obligaciones de respeto se han asociado a derechos civiles y políticos –también llamados derechos de libertad o de primera generación⁵–, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la libertad de expresión, etc.⁶.

Las principales obligaciones de respeto en relación con la protección, promoción y garantía de la dimensión biológica del derecho la vida son las siguientes:

- a. No privar de la vida arbitrariamente⁷.
- b. Impedir que los agentes estatales priven arbitrariamente de la vida o toleren este tipo de privaciones⁸.
- c. Investigar y sancionar a los funcionarios públicos responsables de privaciones arbitrarias de la vida⁹.

4 Steiner y Alston, *International Human Rights*, 182.

5 Aunque la distinción entre derechos humanos de primera, segunda y tercera generación puede tener alguna utilidad para explicar el surgimiento histórico de distintas categorías de derechos humanos, pierde gran parte de su utilidad para sustentar la tesis conforme a la cual la realización de cada generación de derechos se caracteriza, en parte, por implicar un tipo específico de obligación. Las dificultades derivadas de la clasificación de los derechos humanos en "generaciones" resultan puestas en evidencia por la declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos según la cual estos derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles –véase nota 24 a pie de página– y por la doctrina de la dimensión prestacional de los derechos de libertad de la Corte Constitucional colombiana. Véase Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002.

6 Steiner y Alston, *International Human Rights*, 182. Véase también Alston y Quinn, "The Nature and Scope", 184.

7 Véase Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Serie C, núm. 20), 74; Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 Véase Corte IDH, *Caso de los "niños de la calle" –Villagrán Morales y otros–*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Serie C, núm. 63), 144.

9 Véase Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Serie C, núm. 101), 156; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003 (Serie C, núm. 99), 27-28, 133-134 y 187.

Actividad 1

Para discutir

En Colombia, cada cierto tiempo reaparece el debate sobre la pena de muerte como mecanismo de sanción de ciertos delitos. El caso más recurrente como argumento es el de Luis Alfredo Garavito, condenado a 40 años de prisión y preso hace 12, quien acepta haber violado y asesinado a más de 147 niños. Los defensores de la pena de muerte dicen que este tipo de sujetos jamás se adaptarán a la sociedad, que se protegería aplicándoles la pena capital. Por la gravedad de la sanción, los contradictores no están de acuerdo, pues señalan que cuando se quita una vida no hay vuelta atrás.

Analice si es o no posible para el Estado colombiano imponer la pena de muerte a asesinos en serie como Garavito. Tenga en cuenta el concepto de derecho a la vida y las obligaciones del Estado, así como el significado legal de la palabra *arbitrariamente*, en cuanto indica que algo se hace sin una ley que previamente lo autorice.

- d. No suspender ni derogar de hecho o de derecho el derecho a la vida¹⁰.
- e. Evitar la guerra¹¹.
- f. No establecer ni restablecer la pena de muerte¹².

Obligaciones de garantía

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³, las obligaciones de garantía imponen al Estado el deber de implementar de forma inmediata medidas que

permitan el ejercicio de los derechos cuya realización dependa de este tipo de obligaciones¹⁴. Así, el Estado habrá de poner en marcha un aparato que desarrolle programas institucionales tendentes a proteger los derechos de que se trate y a prevenir las violaciones a los mismos¹⁵. Entre otras, las obligaciones de garantía son:

- a. Poner en marcha políticas de seguridad y defensa y garantizar la presencia de Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional¹⁶.
- b. Prevenir las violaciones del derecho a la vida.
- c. Prevenir las vulneraciones del derecho a la vida de grupos y comunidades en riesgo¹⁷.
- d. Investigar las violaciones del derecho a la vida¹⁸.
- e. Reparar a las víctimas de violaciones del derecho a la vida¹⁹.

14 Véase Steiner y Alston, *International Human Rights*, 186.

15 Véase Steiner y Alston, *International Human Rights*, 183.

16 Véase Corte IDH, *Caso Neira Alegria y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Serie C, núm. 20), 75; *Caso Myrna Mack Chang*, 284; Corte Constitucional, Sentencias SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-251 de 2002. MM.PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández; T-327 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

17 Entre estos grupos y comunidades cabe mencionar los siguientes: defensores de derechos humanos, sindicalistas, activistas políticos de movimientos de oposición, líderes cívicos, periodistas, víctimas de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, comunidades indígenas y campesinas, miembros de la misión médica, intervinientes en procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y funcionarios judiciales. Véase Gaitán, *Los derechos a la vida*, 165.

18 Véase Corte IDH, *Caso de los "niños de la calle"*, 225; *Caso "Barrios altos"*. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Serie C, núm. 75), 41-44; Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Véase, en general, Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*. Reparaciones (artículo 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]). Sentencia de 20 de enero de 1999 (Serie C, núm. 44), 40; *Caso Blake*. Reparaciones (artículo 63.1, CADH). Sentencia de 22 de enero de 1999 (Serie C, núm. 48), 32-33; *Caso del Caracazo*. Reparaciones (artículo 63.1, CADH). Sentencia de 29 de agosto de 2002 (Serie C, núm. 95), 78; *Caso Myrna Mack Chang*, 235-237; *Caso 19 comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Serie C, núm. 109), 188-190. El deber de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones del derecho a la vida y, en general, de cualquier otro derecho humano es uno de los temas más complejos y debatidos en la actualidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A este respecto, véanse, entre otros: Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2005); John Torpey (ed.), *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003); Koen de Feyter, Stephan Parmentier, Marc Bossuyt y Paul Lemmens (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations* (Antwerp: Intersentia, 2006); Pablo De Greiff (ed.),

10 Véase Corte Constitucional, Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

11 Véanse Comité de Derechos Humanos, "Observación General núm. 6. El derecho a la vida", 127 (2003), 2; Comité de Derechos Humanos, 23 período de sesiones (1984), "Observación General núm. 14, Las armas nucleares y el derecho a la vida" (Doc. N.U. HRI/GEN/1/Rev.6), 139 (2003), 2.

12 Véase Comité de Derechos Humanos, 78 período de sesiones, *Roger Judge v. Canadá*. Comunicación No. 829/1998 de 20 de octubre de 2003 (Doc. N.U. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003), 10.2-10.7.

13 Sobre el Derecho Internacional Humanitario véase en este libro el capítulo 23 "Derecho Internacional Humanitario: logros y retos", por Paula Guerrero Salazar.

Actividad 2

Para discutir

Investigue sobre los asesinatos de militantes del partido Unión Patriótica ocurridos en los años ochenta y noventa del siglo XX. Puede consultar los informes de la Comisión de Memoria Histórica, disponibles en Internet y en la prensa. Examine una a una las obligaciones de garantía y diga si, a la fecha, el Estado colombiano ha cumplido adecuadamente con su obligación de garantía del derecho a la vida de los miembros de esa colectividad. Asuma una posición (ha cumplido, ha cumplido parcialmente, no ha cumplido o ha cumplido muy poco) y defiéndala por escrito o verbalmente. Tenga en cuenta las cinco garantías enunciadas arriba. Ofrezca datos que sustenten su posición y rebata los contraargumentos.



Andrés Monroy Gómez

Obligaciones de prevención

Prevenir las violaciones del derecho a la vida es una obligación del Estado de especial complejidad, en cuanto su satisfacción exige cumplir con, por lo menos, los siguientes tres deberes: 1) promover una cultura de los derechos humanos mediante el diseño e implementación de programas educativos; 2) restringir y controlar el porte de armas por parte de personas particulares²⁰, y 3) dotarse de una política criminal de protección del derecho a la vida que, entre otras cuestiones, tipifique como delitos todas aquellas conductas que atenten contra la vida.

En Colombia, el Código Penal (Ley 599 de 2000) establece, entre otros, los siguientes delitos contra la vida y la integridad personal: genocidio, homicidio –en sus modalidades simple, agravada, culposa y preterintencional–, homicidio por piedad, inducción o ayuda al suicidio, lesiones personales, abandono, manipulación genética y fecundación y tráfico de embriones humanos. De igual modo, la legislación penal colombiana indica que los delitos señalados pueden ser sancionados con penas de prisión de hasta sesenta años, multas de hasta setenta y cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por veinte años. A lo largo de este capítulo se describirán algunas situaciones en las que el derecho a la vida se ha visto amenazado y la forma en la que el derecho internacional y el Estado colombiano han enfrentado y solucionado los diferentes casos.

La política pública en salud

Las aproximaciones tradicionales al derecho a la vida, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalan con frecuencia que el cumplimiento de la obligación estatal de la protección, garantía y promoción de la dimensión biológica de la vida también depende de las políticas públicas en salud²¹. Esta relación

The Handbook of Reparations (Nueva York: Oxford University Press, 2006).

20 Véase Corte Constitucional, Sentencias C-077 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-031 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-038 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 Las obligaciones básicas de los Estados en relación con la política pública en salud están establecidas en la Declaración de Alma-Ata de 1978, Kazajistán –donde la Organización Mundial de la Salud/ Organización Panamericana de la Salud y Unicef, con el patrocinio de la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS),

Actividad 3

Para investigar

Diseñe una campaña que promueva el derecho a la vida. Identifique su público objetivo, cuál mensaje quiere transmitir y, utilizando como pieza de comunicación un videoclip, defina cuál es la forma más efectiva de hacerlo. Siempre pensando en el público objetivo, decida qué estrategia de divulgación será la más eficaz. Explique a su potencial financiador por qué le interesa promocionar el derecho a la vida y, al sustentar, tenga en cuenta algunas de las obligaciones de garantía, respeto y protección de los derechos humanos.

entre el derecho a la vida y el derecho a la salud muestra, con particular claridad, la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales²². La vida, particularmente en su dimensión biológica, depende en gran medida de la existencia de una política pública en salud con los componentes que de manera general se describen adelante. Los Estados están obligados a implementar medidas y programas destinados a prevenir las enfermedades y a poner en marcha un sistema de atención en salud para el restablecimiento de los pacientes.

El primer componente de la política pública en salud debe incluir programas de inmunización contra enfermedades infecciosas; medidas para prevenir, tratar y combatir las

organizaron la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud del 6 al 12 de septiembre de 1978, cuyo lema fue “Salud para todos en el año 2000” – y en la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 período de sesiones, “Observación General núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Doc. N.U. E/C.12/2000/4, 2000). Para una presentación extensa y minuciosa sobre la estructura normativa del derecho a la salud y de las obligaciones cuya realización impone al Estado colombiano, véase Defensoría del Pueblo. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales* (Bogotá: DP, 2003). 22 Según la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (CMDH), “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”. CMDH, *Declaración y programa de acción de Vienna*, 12 de julio de 1993 (Doc. N.U. A/CONF.157/23), 5.

enfermedades endémicas y epidémicas; y campañas de información y educación sobre los principales problemas de salud de la comunidad. Un segundo componente consiste en la cobertura de servicios públicos y el acceso a viviendas con agua potable y saneamiento básico, personal médico capacitado, amplia red de hospitales y puestos de salud y la garantía de abastecimiento y control de medicamentos, entre otros²³.

Actividad 4

Para investigar

Suponga que Colombia debe presentar su informe periódico a Naciones Unidas sobre el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los tratados internacionales de derechos humanos. Usted acaba de entrar a trabajar como asesor(a) en el Ministerio de Relaciones Exteriores para apoyar la redacción del informe. Su jefe le comenta que está preocupado(a) por un reciente escándalo por la muerte de unos niños en un pueblo del Chocó, a causa de la mala atención médica, lo que puede configurar incumplimiento del país, pero no considera que sea así, pues recientemente el gobierno ha invertido muchos recursos en la región, habida cuenta de la baja densidad poblacional en el litoral Pacífico, factores históricos que el gobierno no puede superar en poco tiempo, y el alto nivel de corrupción. Le pide que investigue en la prensa, en informes oficiales y de organizaciones no gubernamentales sobre la deficiente red de salud pública en el Pacífico, en particular lo correspondiente a las ciudades de Quibdó (Chocó), Buenaventura (Valle del Cauca) y Tumaco (Nariño), y que analice las circunstancias que han llevado a la actual situación. Usted debe elaborar un documento en el que exponga si cree que, con la política de salud para esta zona del país, el Estado está violando el derecho a la dimensión biológica de la vida.

23 Para un recuento del derecho a la salud véase en este libro el capítulo 19 “El núcleo esencial del derecho a la salud”, por Everaldo Lampea Montealegre.

El derecho a la vida digna

La noción de “vida digna” complementa la dimensión biológica del derecho a la vida con los postulados del principio de la dignidad humana. Esto significa, fundamentalmente, que la garantía del derecho a la vida no se agota en la mera preservación de la existencia biológica de las personas. La vida digna remite a una existencia plena, a la posibilidad de autonomía del individuo para regir su vida como dueño total de ella y de desarrollar a plenitud todas sus capacidades²⁴.

La Corte Constitucional colombiana ha propuesto una definición de vida digna que contempla tres dimensiones: autonomía, supervivencia y respeto. La primera dimensión, que para la Corte significa “vivir como se quiere”, implica diseñar el propio plan de vida y autodeterminarse²⁵. La segunda dimensión de la vida digna, que la Corte denomina “vivir bien”, se refiere a las condiciones materiales básicas y suficientes para no sufrir por falta de comida, agua, albergue, sanidad o tratamiento de enfermedades curables. La tercera dimensión refiere a la integridad física y moral, en cuanto afecta los bienes intangibles de una persona; es lo que la Corte llama “vivir sin humillaciones”. En la Sentencia T-881 de 2001²⁶ sobre las condiciones de unos reclusos en una cárcel en Colombia, la Corte resume su jurisprudencia de la siguiente manera:

[...] la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

24 Sobre el concepto de vida digna, véanse Corte Constitucional, Sentencias T-860 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-367 de 2004. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre muchas otras.

25 Sobre la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, véase en este libro el capítulo 4 “Desmontando los derechos fundamentales”, por Beatriz Eugenia Sánchez Mojica.

26 Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Se trata del caso *Electrocosta - Cárcel Distrital de Cartagena*, retomado más adelante.

Actividad 5

Para investigar

Considere el siguiente caso:

Mil doscientos reclusos de la Cárcel de Ternera, en Cartagena, Bolívar, le piden a usted que redacte el texto de una tutela porque se sienten afectados en su derecho a la vida, pues, aunque no están en peligro de muerte, sí atraviesan graves dificultades derivadas del racionamiento de energía a que están sometidos de 8 de la mañana a 8 de la noche. La situación es consecuencia de una disputa entre el Instituto Nacional Penitenciario y el Distrito de Cartagena, que comparten la financiación de la cárcel, pero no se han puesto de acuerdo sobre a cuál entidad corresponde el pago de los servicios públicos, lo que condujo a la mora en la cancelación de la factura y al racionamiento. Así, no hay agua para evacuar los sanitarios, porque su suministro depende de motobombas operadas con energía eléctrica; hay riesgo de descomposición de los alimentos y problemas para su cocción, porque tanto las neveras como las estufas funcionan con fluido eléctrico; los ventiladores, indispensables en zonas de alta temperatura como Cartagena, situada junto al mar Caribe, tampoco funcionan por falta de energía, lo que se agrava por la estructura cerrada de la cárcel. A estos problemas de salubridad se suma el de la inseguridad en algunas zonas del centro penitenciario que no reciben luz natural y son oscuras aún de día.

Sustente la tutela con lo que ha aprendido sobre el derecho a la vida.

Una forma de determinar con claridad cuál es la dimensión del concepto de vida digna es analizar casos en los cuales se evidencian contradicciones entre la necesidad de preservar la existencia humana en condiciones de dignidad y algún otro derecho fundamental. El conflicto por la primacía de uno u otro derecho en tensión debe ser resuelto mediante su ponderación, de conformidad con los hechos concretos de que trate el caso²⁷. Una gran variedad de situaciones

27 Sobre la ponderación como método interpretativo fundamental para establecer el significado y extensión de los derechos humanos, véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*

podrían ilustrar el significado del derecho a la vida digna. A continuación se examinan tres de las problemáticas que con mayor fuerza ejemplifican la dimensión y las tensiones que suscita el concepto de vida digna, en los tiempos que corren.

1. Tensión entre el derecho a la vida digna y el derecho a la autonomía personal, ilustrada en la polémica en torno al aborto, la eutanasia y el suicidio.
2. Tensión entre el derecho a la vida digna y la libertad religiosa.
3. Tensión entre el derecho a la vida digna y el derecho a la salud, en el contexto de las obligaciones del Estado en el diseño y ejecución de políticas públicas de salud.

Vida digna y autonomía personal: aborto, eutanasia y suicidio asistido

En las sociedades contemporáneas, las problemáticas derivadas de la interpretación moral y las tensiones que suscitan los derechos humanos dividen de modo particularmente acentuado a la ciudadanía. El aborto, la eutanasia, el suicidio asistido y la pena de muerte, entre otras cuestiones, afectan el tejido ético más básico de las sociedades actuales, por los conflictos que suscitan al contraponerse a los derechos más básicos de la persona, como son el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. Es lo que la Constitución colombiana denomina derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Ciertamente, el aborto, la eutanasia y el suicidio asistido implican una confrontación entre el derecho a la vida y la autonomía del individuo para establecer sin interferencias externas el plan de vida que considere más conveniente, incluida la posibilidad de disponer de su propia existencia. Mientras que, para algunos, la vida es un bien sagrado o supremo²⁸, sobre el que no pueden decidir,

otros opinan que la vida es un bien del que se puede disponer, en ciertas condiciones y en el ámbito del derecho a la autonomía personal.

Quienes sostienen la primera posición señalan que el Estado tiene la obligación de criminalizar todas aquellas conductas que impliquen que una persona, con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pueda disponer de su propia vida o de la de otro ser humano. Así, los códigos penales de muchos países del mundo –incluido el de Colombia– penalizan conductas como el aborto, la asistencia o ayuda al suicidio y el homicidio por piedad. Los defensores del segundo punto de vista sostienen que el Estado no puede castigar a los individuos por ejercer su derecho a la autonomía, el cual autorizaría a las personas a disponer de su propia vida o de la vida de otros en ciertas circunstancias muy específicas, directamente relacionadas, como se verá, con la noción de vida digna. A continuación, se ilustra esta problemática mediante una breve descripción del problema del aborto y de las cuestiones referentes a la eutanasia y el suicidio asistido.

Aborto

Es difícil tratar el tema del aborto en unos breves párrafos. La complejidad del asunto deriva del hecho de que no se puede resolver en términos estrictamente jurídicos. Por el contrario, la ética, lo religioso, la moral, los conceptos del bien y del mal se imbrican y se contradicen y alientan intensas pasiones cuando se debate sobre el aborto.

Un primer elemento es cómo el concepto de vida biológica afecta la discusión. Muchos de los argumentos a favor o en contra del aborto se basan en determinar cuál es el momento en el que empieza la vida, y a partir de esa consideración se establece si el aborto implica violar ese derecho. Los defensores del aborto argumentan que la vida humana del feto no empieza en la concepción y, por tanto, hay un período en el que la interrupción del embarazo no implica violación del derecho a la vida. El razonamiento de los opositores es que la vida inicia una vez el ovulo ha sido fecundado y que cualquier intento por intervenir en su desarrollo constituye un atentando contra el derecho a su existencia.

Supongamos que adoptamos la definición más amplia del derecho a la vida, según la cual esta empieza en el

(Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 89-115; Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 93-111. Pese a ser, tal vez, el método de interpretación y aplicación de los derechos humanos más difundido en la actualidad, la ponderación ha sido objeto de importantes críticas. Véanse, entre otros: Alexander Aleinikoff T., "Constitutional Law in the Age of Balancing". *Yale Law Journal*, 96 (1987): 943; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta, 1998), 326-40.

28 Sobre el carácter sagrado de la vida como fundamento de su indisponibilidad, véase Ronald Dworkin, *El dominio de la vida* (Barcelona: Ariel, 1994), 93-135.

Recuadro 1
¿Cuándo empieza la vida humana?

Determinar el momento en el que comienza la vida y, por ende, cuándo se viola ese derecho implica conceptos y argumentos biológicos, éticos, políticos y religiosos. Una posición es la adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos (caso *Roe v. Wade*), según la cual el derecho a la vida del feto empieza a partir de que pueda tener una existencia propia, por fuera de la madre, incluso si requiere asistencia médica intensa para sobrevivir. El momento en el que el feto se considera viable, es alrededor de quinto mes del embarazo. Antes no hay vida humana y la decisión de abortar o no es del ámbito privado de la mujer y un asunto de conciencia. Otra postura es la de la Iglesia Católica y muchos abogados católicos (véase encíclica *Humanae Vitae*) según la cual la vida humana empieza en la concepción; es decir, hay una persona con derecho a la vida desde el momento en que el óvulo es fertilizado y se configura una singularidad genética en el ADN. Por ello los católicos consideran que el aborto es un asesinato, tanto como la destrucción de óvulos fertilizados con propósito de investigación científica, tratamientos con células madre o fertilización *in vitro*. Una tercera posición es la de la Suprema Corte Mexicana, al revisar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en las primeras 12 semanas del embarazo, en Ciudad de México, que considera que la cuestión no es si hay vida o no, sino si el legislador está obligado a criminalizar el aborto o si el derecho a la vida es absoluto. En ambos casos la respuesta es negativa. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana afirma que a partir de la concepción hay un interés constitucionalmente protegido en llevar a término el embarazo, pero no habla de derecho a la vida. Una última posición es la adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica de 2012*)*. Para la Corte IDH: 1) el embrión no es persona a efectos de la protección al derecho a la vida desde el momento de la concepción que garantiza el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2) la concepción a que se refiere este artículo solo se produce cuando el embrión se implanta en el útero y, por tanto, el derecho a la vida solo se protege desde ese momento; y 3) la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino “gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”.

* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Serie C, núm. 257), párr. 264.

momento de la concepción. Consideremos los casos más polémicos en los que el feto está lo suficientemente desarrollado para superar los términos legales, como las doce semanas de embarazo en Ciudad de México o los cinco meses en Estados Unidos. Partiendo en ambos casos de que al interrumpir el embarazo se está violando el derecho a la vida y caracterizando el problema del aborto desde una perspectiva de los derechos humanos, a riesgo de ser en extremo simplistas, evidenciamos la confrontación entre el derecho de la mujer a decidir si pone término a un embarazo en curso y el derecho a la vida del ser que está por nacer²⁹.

29 Para un planteamiento clásico del debate sobre el aborto desde posiciones filosóficas opuestas véanse: Judith J. Thompson, “Defensa del aborto”, en Ronald Dworkin (comp.), *Filosofía del Derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1980), 211-240; y John

A lo largo del tiempo el debate sobre el aborto ha sido enriquecido con distintos argumentos, siendo el de la salud pública uno de los más notables, en cuanto relaciona las altas tasas de mortalidad de mujeres que se someten a abortos ilegales al quedar expuestas a deplorables condiciones de higiene y salud³⁰. De manera muy general, tres son las respuestas que históricamente han dado las autoridades públicas a la problemática derivada del

Finnis, “Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thompson”, en Dworkin *Filosofía del Derecho*, 241-284.

30 Véanse, entre otros, Organización Mundial de la Salud, *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2000* (Ginebra: WHO, 2004); Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens, “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform”. *Human Rights Quarterly*, 25 (2003): 1. Para el caso colombiano, véase Lucero Zamudio, “El aborto como problema de salud pública: caso Colombia”. *Boletín Epidemiológico Distrital/SDS*, 2, núm. 4 (febrero 1997).

aborto: penalización total, liberalización total y liberalización parcial.

Con *penalización total*, el aborto está totalmente prohibido y penalizado en todas sus modalidades. Los países que han optado por esta alternativa ni siquiera admiten la práctica de un aborto cuando el embarazo es producto de violencia sexual o la vida de la madre corre grave peligro si el embarazo prosigue. Desde la perspectiva de los derechos humanos, esta respuesta extrema frente al aborto ha sido condenada por los órganos internacionales de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, por el Comité de Derechos Humanos. Según este organismo internacional, cuando un Estado niega a una mujer un aborto terapéutico –bien porque su vida o su salud corren peligro o porque el feto es inviable por alguna malformación– incurre en una violación de los artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíben, respectivamente, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes y las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de las personas³¹.

Sobre *liberalización total*, a diferencia de la posición anterior, muchos países han liberalizado el aborto por completo y, en ciertas condiciones, toda mujer puede someterse a esta práctica para interrumpir un embarazo no deseado. La liberalización puede ser efecto de que el Congreso expide una ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo y establece las circunstancias y condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales las mujeres pueden practicarse un aborto³². Sin embargo, la liberalización también puede provenir de decisiones judiciales que, por lo general, estiman que las normas penales que criminalizan el aborto son contrarias a las disposiciones constitucionales que garantizan la auto-

31 Véase Comité de Derechos Humanos, 85 período de sesiones, *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú*. Comunicación núm. 1153 de 22 de noviembre de 2005 (Doc. N.U. CCPR/C/85/ D/1153/2003 [2005]), 6.3 y 6.4.

32 Este es el caso de Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiján, Bahrein, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Cabo Verde, Camboya, Canadá, China, Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Francia, Georgia, Grecia, Guyana, Hungría, Italia, Kazajistán, Kirguistán, Lituania, Macedonia, Moldavia, Mongolia, Nepal, Noruega, Países Bajos, Puerto Rico, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia y Montenegro, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tayikistán, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uzbekistán, Vietnam y Yugoslavia.

Actividad 6

Para discutir

Considere el caso de los fetos anencefálicos, aquellos que se desarrollan sin cerebro, de manera que mueren naturalmente al poco tiempo de nacidos, pues el sistema nervioso requiere del cerebro para mantener funcionado el corazón y los pulmones. En 2012, en un caso ante la Corte Suprema brasilera los demandantes pidieron que se pronunciara en el sentido de que la prohibición del aborto no cobijaba los fetos anencefálicos. Es decir, que una mujer puede abortar en cualquier momento del embarazo si se establece que el feto no tiene cerebro. Un argumento a su favor era que, como la condición de vida humana radica en la vida cerebral, si los fetos no tienen cerebro, no son seres humanos ni tienen derecho a la vida.

Si usted fuera juez en Colombia, ¿cómo hubiera fallado en este caso?, ¿qué argumentos habría dado?, ¿cuáles son los argumentos contrarios a su posición?, ¿cómo los puede refutar?

mía personal. Este tipo de fallos judiciales señala que las cláusulas de la Constitución que protegen la autonomía individual contienen, de manera implícita, un derecho fundamental de las mujeres a decidir si ponen término a un embarazo³³. Aunque estas decisiones han establecido el derecho fundamental antes señalado, también han indicado que su ejercicio debe ser compatible con el interés del Estado de proteger y promover la vida. Por ello, si bien las autoridades públicas deben garantizar que las mujeres puedan ejercer el derecho al aborto en condiciones higiénicas y de salud apropiadas, también pueden adoptar medidas orientadas a disuadir a las mujeres de realizar esta práctica. Así mismo, las sentencias judiciales que han despenalizado el aborto indican que las regulaciones de tiempo, modo y lugar en las cuales este puede

33 Desde una perspectiva histórica y global, se estima que el fallo más importante de liberalización total del aborto por la vía judicial es la sentencia *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, proferida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en enero de 1973. En este fallo, la Corte estadounidense señaló que las mujeres tienen un derecho fundamental de decidir si ponen término a un embarazo no deseado durante el primer trimestre del mismo.

practicarse deben ser reguladas por la ley. Tanto la posibilidad de que el Estado adopte medidas para disuadir la práctica del aborto como la potestad de los congresos para regular las condiciones en que puede ejercerse este derecho han dado lugar a acciones judiciales constitucionales que las controvierten, por considerar que, en la práctica, impiden el libre ejercicio del aborto. De manera general, los tribunales han estimado que esta clase de regulaciones es válida, siempre y cuando no impongan una carga indebida o desproporcionada al ejercicio del derecho al aborto³⁴.

Sobre *liberalización parcial*, en ciertos países el aborto ha sido liberalizado de forma parcial. Esto significa que, salvo en casos de extrema necesidad, esta práctica es un delito. Desde esta perspectiva, por lo general se establecen tres situaciones en las que es posible practicar un aborto: cuando el embarazo es producto de violencia sexual; cuando la vida o la integridad de la madre corren grave peligro por razón del embarazo; y cuando el feto presenta defectos o malformaciones que determinan su inviabilidad.

Hasta 2006, Colombia tuvo una de las legislaciones más restrictivas en materia de aborto. Ese año se liberalizó parcialmente su práctica, en los tres casos señalados anteriormente. La Corte Constitucional emitió la Sentencia C-355 de 2006 que determina que el artículo 122 del Código Penal, que establece el delito de aborto, es compatible con la Constitución Política, en el entendido de que no se incurre en esta conducta punible cuando, por voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en los siguientes eventos: cuando la continuación del embarazo constituye un peligro –certificado por un médico– para la vida o la salud de la mujer; cuando exista grave malformación del feto –certificada por un médico– que haga inviable su vida; y cuando el embarazo sea el resultado de acceso carnal o acto sexual no consentido o abusivo de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida o de incesto.

34 El fallo judicial más representativo en relación con el modo en que el Estado puede regular el ejercicio del derecho al aborto es *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Recuadro 2

La criminalización del aborto en Colombia

En Colombia la liberación parcial del aborto se dio después de un largo desarrollo jurisprudencial. Con anterioridad a la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional se negó a admitir la viabilidad constitucional del aborto, al considerar que ninguna circunstancia permitía hacer excepciones a la naturaleza sagrada e inviolable de la vida. En la sentencia C-133 de 1994, la Corte estudió la constitucionalidad del delito de aborto simple y estimó que este se ajustaba a la Constitución. Al respecto, señaló:

La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, [...] la concepción, genera un tercer ser existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, en instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales.

En la Sentencia C-013 de 1997, la Corte consideró que ni siquiera el hecho de que un embarazo fuera fruto de una violación era motivo suficiente para hacer excepciones a la inviolabilidad del derecho a la vida. Incluso citó como fundamento de su decisión las encíclicas papales



Magnolia Prada Rivas.

Humanae vitae y *Evangelium Vitae*, para decir: “La mujer no es dueña del feto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma [...]. Obsérvese que, miradas las cosas con objetividad, el ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima –la más indefensa e inocente– del violador”. Este tipo de sentencias continuaron hasta el 2001, año en el que la Corte Constitucional dio tímidos pasos hacia la liberalización parcial del aborto al declarar exequible el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, en el cual se establecía que cuando el embarazo interrumpido mediante aborto hubiese sido el resultado de una violación o acto sexual no consentido o abusivo o de inseminación o transferencia de óvulo no consentidas, y se hubiese realizado en “extraordinarias condiciones anormales de motivación”, el juez podría prescindir de la imposición de una pena cuando esta no fuese necesaria en el caso concreto. En la Sentencia C-355 del 2006, la Corte incluyó las tres excepciones que no estaban contempladas de forma expresa en el Código Penal.

La primera excepción es cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Al respecto, la Corte dijo: “resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación”. El tribunal indicó, además, que el Estado no podía exigir a una mujer embarazada que asuma el sacrificio heroico de ofrendar su propia vida en beneficio de terceros o del interés general. En lo que se refiere al peligro a la salud, la Corte Constitucional aclaró que incluye la salud mental:

[...] esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales remita afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen la interrupción según certificación médica.

La segunda excepción es la falta de consentimiento de la mujer. Al respecto la Corte estimó que, cuando el embarazo sea consecuencia de los delitos de acceso

carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, para poder proceder a la práctica de un aborto basta que se pruebe que el delito de que se trate fue debidamente denunciado ante las autoridades competentes. Precisó: “En el caso de violación o intento, debe partirse de la buena fe de la mujer denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada”.

La tercera excepción es la malformación del feto. Al respecto la Corte manifestó:

Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional, las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser controlada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación.

Es menester precisar que en las hipótesis en que el aborto es válido por existir grave malformación del feto o peligro para la vida o la salud de la madre, la Corte indicó que “debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito del aborto no puede ser penado”.



El Espectador.

Actividad 7

Para investigar

Varios grupos de fieles católicos y cristianos no están de acuerdo con la liberalización parcial del aborto y siguen discutiendo los argumentos que dieron origen a las tres excepciones de su penalización (cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer, su falta de consentimiento, y malformación del feto). Investigue las acciones que esos sectores llevan a cabo para que en Colombia se regrese a la penalización total del aborto, y explique sus argumentos.

Eutanasia y suicidio asistido

Uno de los mejores ejemplos para ilustrar la tensión entre el derecho a la vida digna y el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el de la eutanasia y el suicidio asistido. Tales situaciones se presentan cuando una persona que padece una enfermedad incurable decide poner término a su vida porque considera que los dolores y sufrimientos que padece ya no le permiten vivir con dignidad y solicita a un médico que le realice algún procedimiento que ponga término a su existencia (eutanasia); o cuando un tercero ayuda a cometer suicidio (asistencia o ayuda al suicidio).

Quienes defienden la primacía del derecho a la vida y su naturaleza indisponible sostienen que ni siquiera un estado de sufrimiento extremo justifica que un tercero concurra a poner término a la vida de quien solicita ayuda para morir. En oposición a esta visión, las posiciones más liberales señalan que cuando una persona, en pleno uso de sus facultades, estima que la dimensión de dignidad de su vida ha desaparecido puede, en ejercicio de su autonomía individual, y mediante un consentimiento libre e informado, disponer de su vida admitiendo que un tercero –usualmente mediante un procedimiento médico– ponga fin a su existencia o le preste ayuda para cometer suicidio.

Aunque es posible afirmar que la problemática con relación a la eutanasia y al suicidio asistido no tiene una salida completamente satisfactoria y definitiva, algunos países han enfrentado el asunto con muy diversos principios

de solución. Hasta la fecha, solo Holanda ha autorizado la eutanasia mediante una ley. En efecto, en abril de 2002, el parlamento holandés, por una parte, autorizó que los enfermos sometidos a sufrimientos insoportables soliciten a un médico la práctica de una eutanasia y, por otra, estableció que el profesional de la medicina que practique el respectivo procedimiento no podrá ser perseguido por las autoridades penales, siempre y cuando haya seguido el estricto protocolo establecido en la ley. En Colombia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-239 de 1997, autorizó una forma del homicidio por piedad que se puede equiparar a la eutanasia. En su decisión, la Corte caracterizó de manera particularmente ilustrativa la tensión de derechos humanos dentro de la que se inscribe el problema de la eutanasia, al señalar: “Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad”³⁵.

La Corte Constitucional consideró que el médico que, conforme a una solicitud del paciente, fundada en un consentimiento pleno e informado, pone término a los sufrimientos que ocasiona una enfermedad terminal no incurre en el delito de homicidio por piedad. La decisión



El Espectador.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

se fundamentó en la preeminencia del derecho a la autonomía personal en circunstancias en las cuales el paciente cree que la vida ya no amerita ser vivida, en razón de la intensidad de sus padecimientos.

Sin embargo, la Corte Constitucional estimó que el Congreso de Colombia debía expedir una ley que regule el procedimiento y los requisitos conforme a los cuales un médico puede prestar su asistencia a un paciente para morir en condiciones de dignidad. Así, según la Corte, “es necesario que se establezcan regulaciones legales muy estrictas sobre la manera como debe prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evaluar que en nombre del homicidio por piedad, consentido, se elimine a personas que quieren seguir viviendo, o que no sufren de intensos dolores producto de enfermedad terminal”³⁶. A la fecha el Congreso colombiano no ha expedido dicha ley. Más recientemente, en la Sentencia T-970 de 2014 la Corte Constitucional, en un caso en que una mujer enferma terminal solicitó a su EPS que le administrara los medios eutanásicos para morir con dignidad de conformidad con lo establecido por la Sentencia C-239 de 1997, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que emitiera una directriz tendiente a garantizar el derecho fundamental a morir dignamente. Mediante la Resolución 1216 de 2015, el Ministerio dio cumplimiento a la orden de la Corte Constitucional.

A diferencia de lo que ocurre en países como Colombia u Holanda, en otros lugares del mundo los tribunales han conceptualizado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no autoriza a los individuos a solicitar a terceras personas que les presten ayuda para poner término a sus vidas, en razón de los padecimientos y sufrimientos ocasionados por enfermedades incurables. El caso más ilustrativo de esta posición tal vez es el de los Estados Unidos, donde, en 1997, la Corte Suprema determinó que del derecho a la autonomía personal protegido por la Decimocuarta Enmienda a la Constitución no se derivaba un derecho fundamental de las personas a solicitar asistencia a terceros para cometer suicidio³⁷.

Vida digna y libertad religiosa

La segunda problemática que permite ilustrar el alcance y significado del concepto de vida digna es la tensión que puede surgir entre este derecho y la libertad religiosa. De manera particular, este conflicto aparece en el caso de los testigos de Jehová, quienes por motivos de naturaleza religiosa se niegan a recibir transfusiones de sangre como parte de un procedimiento médico que busque preservar o salvar su vida. Entonces surge la tensión entre, por un lado, el deber profesional de los médicos de adoptar todas las medidas conducentes a preservar la vida y, por el otro, curar la enfermedad del paciente y la autonomía del individuo para adoptar decisiones vitales de conformidad con sus creencias religiosas. En esta confrontación de derechos la noción de vida digna resulta comprometida, porque la vida adquiere especial significación para quien puede conducirla a partir de creencias religiosas que dan sentido a las opciones de una vida digna y buena. Por esto, los testigos de Jehová estiman que una vida en condiciones de dignidad es aquella que es vivida de acuerdo con los postulados de su credo religioso.

En Colombia, la Corte Constitucional se ha ocupado de esta tensión en varias oportunidades. En un primer caso³⁸, un menor de edad, enfermo de cáncer, se negaba a recibir transfusiones sanguíneas por ser testigo de Jehová. Su padre, quien no pertenecía a este grupo religioso, interpuso una acción de tutela con el fin de que su hijo no atentara contra su derecho a la vida y recibiera las transfusiones requeridas por el tratamiento médico. La Corte Constitucional consideró que, en el caso de menores de edad sometidos a la patria potestad de sus padres, la decisión de los progenitores en lo que respecta a la salud de sus hijos y a los tratamientos médicos necesarios para preservar la vida de estos prima sobre las creencias religiosas del menor.

Con posterioridad³⁹, la Corte falló el caso de una mujer, también testigo de Jehová, que se negaba a que le hicieran una trasfusión de sangre para una cirugía por cálculos en la vesícula. El marido interpuso una acción de tutela con el fin de que los jueces obligaran a su esposa a reci-

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

³⁷ Véanse los fallos *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), y *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997). Sin embargo, en el fallo *Gonzales v. Oregon*, 126 S. Ct. 904 (2006), la Corte Suprema estadounidense avaló –aunque de forma oblicua– la constitucionalidad del Oregon Death With Dignity Act, ODWOA.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-474 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-659 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

bir el tratamiento, “por considerar que la vida estaba por encima de cualquier creencia religiosa”. En esta oportunidad, por tratarse de una mujer mayor de edad, la Corte estimó que,

[...] en el Estado social de derecho [...] el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su “razón” la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no⁴⁰.

En un último fallo⁴¹, la Corte Constitucional debió examinar el caso de otra mujer testigo de Jehová que debía someterse a una cirugía con alto nivel de sangrado, en la que podría requerir transfusiones de sangre. Ante la negativa de la mujer a recibir transfusiones, los médicos tratantes desistieron de realizar la cirugía. La señora interpuso una acción de tutela pidiendo que, para salvaguardar su derecho a la vida, se obligara a los médicos a practicarle la operación. La Corte negó la tutela con el argumento de que un médico no podía ser obligado a vulnerar las reglas técnicas que señalan el tratamiento más idóneo en un cierto caso, con el fin de satisfacer decisiones de un paciente adoptadas con fundamento en sus creencias religiosas⁴².

Vida digna y salud

La noción de vida digna ha jugado un papel fundamental en el tipo de prestación de servicios que el Estado colombiano debe ofrecer a las personas afiliadas al Régimen General de Seguridad Social en Salud. Con fundamento en una noción amplia de “calidad de vida”, la Corte Constitucional a través de múltiples sentencias ha ampliado las prestaciones que el Plan Obligatorio de Salud POS ofrece a los afiliados al sistema. La Corte ha entendido que la calidad de la salud solo es posible si las personas pueden ejercer el derecho a recibir todas aquellas prestaciones –incluso si no están incluidas en la definición reglamentaria del POS– que tiendan a preservar su vida en condiciones de calidad y dignidad y que les permitan

desarrollar todas sus capacidades como seres humanos. Por esta razón, las obligaciones de las Empresas Prescriptoras de Salud (EPS) van mucho más allá de la provisión de las prestaciones que tienden a la mera preservación de la vida en su dimensión biológica. Conforme a esta doctrina, la Corte ha ordenado, por ejemplo, operaciones de ojos a un indigente y tratamientos psicológicos y cirugías estéticas, entre otros⁴³. La relación entre la noción de vida digna y el derecho a la salud constituye uno de los mejores ejemplos para ilustrar cómo, en la práctica, las nociones de vida biológica y de vida digna conforman un todo inescindible que solo puede ser separado para efectos conceptuales y explicativos. De ahí que en la primera sección de este ensayo se examina la puesta en marcha, implementación y ejecución de la política pública en salud como una de las principales obligaciones del Estado, en función de la protección y garantía de la dimensión biológica del derecho a la vida. Sin embargo, el contenido de los programas, prestaciones y servicios específicos que las autoridades públicas establezcan para cumplir con sus obligaciones obedecen a una definición del derecho a la salud que, claramente, se funda en la noción de vida digna. No es entonces una casualidad que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales haya señalado que la salud es un derecho humano fundamental y que así lo considerara la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008⁴⁴.

Consideraciones finales

El derecho a la vida es un derecho complejo. Su naturaleza inviolable no significa que no pueda entrar en contradicción o tensión con otros derechos humanos y que no puedan llevarse a cabo ponderaciones que indiquen en qué circunstancias concretas el derecho a la vida prima sobre otros derechos o libertades fundamentales. El significado y extensión del derecho a la vida solo surge,

40 Corte Constitucional. Sentencia T-659 de 2002.
41 Corte Constitucional. Sentencia T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
42 Corte Constitucional. Sentencia T-823 de 2002.

43 Al respecto, véanse: en este libro el capítulo 19 “El núcleo esencial del derecho a la salud”, por Everaldo Lamprea Montealegre; Corte Constitucional, Sentencias T-926 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-416 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-849 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-004 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-090 de 2003. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; entre muchas otras.
44 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 período de sesiones, “Observación General núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (Doc. N.U. E/C.12/2000/4 [2000]), 1 y 3.

en toda su amplitud y riqueza, de los resultados que arrojen esas ponderaciones en casos concretos. El presente capítulo señaló algunas de las tensiones más frecuentes entre el derecho a la vida y otros derechos humanos, intentando explicar las dos dimensiones más conocidas de la vida humana.

Aunque la protección y promoción de la vida en su expresión biológica impone a las autoridades públicas obligaciones impostergables, que no pueden ser descuidadas bajo ninguna circunstancia, no debe olvidarse que el Estado también tiene el compromiso ineludible de crear las condiciones necesarias para que las personas puedan desarrollar vidas plenas y dignas, caracterizadas por la posibilidad de desarrollar con la máxima amplitud todas sus capacidades y de decidir sin interferencias acerca del sentido que darán a su existencia.

Actividad 8

Para discutir

A partir de la lectura de este capítulo, responda las preguntas planteadas al inicio:

1. ¿Qué protege el derecho a la vida?
2. ¿Cuál es la vida cuyo contenido es inviolable?
3. ¿Es la vida un concepto unívoco o tiene múltiples significados a efectos de su protección como derecho humano?
4. ¿De quién es la vida?, ¿del individuo exclusivamente?, ¿de grupos sociales más amplios, como la familia o la nación? Ilustre sus respuestas con ejemplos.

Glosario

Aborto. Terminación de un embarazo antes de cumplirse el tiempo de gestación.

Eutanasia o homicidio por piedad. Acción u omisión que acelera la muerte de un paciente desahuciado, con su conocimiento o sin él, con la intención de evitar sufrimiento y dolor.

Pena de muerte. Quitar la vida a un condenado por parte del Estado como castigo por un delito.

Política pública. Respuesta que el Estado puede dar a las demandas de la sociedad, ya sean normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios.

Material de apoyo

- *El coronel no tiene quien le escriba* (Gabriel García Márquez). El Coronel, un veterano de la Guerra de los Mil Días, vive en una casa en la costa Atlántica junto a su esposa. Durante 15 años el Coronel va todos los viernes a la oficina de correo esperando que le llegue una carta en la que se le reconoce su pensión como veterano de la guerra civil.
- *Trilogía de Auschwitz* (Primo Levi). Relato del escritor italiano, de origen judío y resistente antifascista, en el que cuenta su experiencia de diez meses de cautiverio en el campo de exterminio nazi de Auschwitz, durante la Segunda Guerra Mundial.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Aleinikoff T., Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing". *Yale Law Journal*, 96 (1987).
- Alston, Philip y Gerard Quinn. "The Nature and Scope of States' Parties Obligations Under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights". *Human Rights Quarterly*, 9 (1987).
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Cook, Rebecca J. y Bernard M. Dickens. "Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform". *Human Rights Quarterly*, 25 (2003): 12-21.
- Defensoría del Pueblo. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: DP, 2003.
- De Feyter, Koen; Stephan Parmentier, Marc Bossuyt y Paul Lemmens (eds.). *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerp: Intersentia, 2006.
- De Greiff, Pablo (ed.). *The Handbook of Reparations*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- Dworkin, Ronald. *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Finnis, John: "Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thompson". En Ronald Dworkin (comp.), *Filosofía del Derecho* [1971]. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Gaitán García, Olga Lucía. *Los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad y la seguridad personales. Alcance, contenido y obligaciones del Estado*, vol. 1. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia, 2005, 108-226.
- Organización Mundial de la Salud. *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2000*. Ginebra: Who, 2004.
- Shelton, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2005.
- Steiner, Henry J. y Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford University Press, 2000.
- Thompson, Judith J. "Defensa del aborto". En R. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho* [1971]. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Torpey, John (ed.). *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003.
- Zamudio, Lucero. "El aborto como problema de salud pública: caso Colombia". *Boletín Epidemiológico Distrital/SDS*, 2, núm. 4 (febrero 1997).

El derecho a la igualdad y a no ser discriminado

César Rodríguez Garavito

Desigualdad
igualdad formal
Igualdad material
test de razonabilidad



Objetivos de aprendizaje

- Reconocer el estado y las formas de desigualdad social en Colombia.
- Identificar las diferentes formas de igualdad establecidos en la Constitución de 1991.
- Identificar situaciones en las cuales se justifican tratos de desigualdad a la inversa.
- Entender el objetivo y la forma de aplicación del test de razonabilidad en el derecho a la igualdad.
- Ampliar la comprensión de los propios juicios infundados que causan exclusión social.
- Relacionar la desigualdad social con los problemas políticos y económicos que padece nuestra sociedad.



Guía de estudio

¿Por qué y para qué existe un derecho a la igualdad?, ¿qué tipos de desigualdad existen en la vida social y cuáles son preocupación constitucional? En este capítulo se contextualiza la desigualdad en Colombia con cifras y datos; paso seguido, se exponen los conceptos de igualdad formal e igualdad material del texto constitucional, así como sus implicaciones prácticas; finalmente, se aborda la aplicación del test de razonabilidad usado por la Corte Constitucional para decidir cuándo se justifica crear desigualdades por medio de una ley.

La desigualdad como problema social, económico y político

Para entender el contenido del derecho a la igualdad y la obligación constitucional de promoverlo en Colombia, es importante comenzar por preguntarse por qué y para qué existe ese derecho. En otras palabras, antes de adentrarnos en los aspectos constitucionales de la igualdad, tenemos que mirar, por lo menos brevemente, la realidad social, política y económica de *desigualdad* a la que dicho derecho busca responder. La evidencia del profundo problema de desigualdad de la sociedad colombiana es nutrida. Basta darle una ojeada a los datos recientes de la Organización de las Naciones Unidas sobre el nivel de desigualdad de los países de todas las regiones del mundo. Los resultados de 2013 son elocuentes: Colombia está entre los países más desiguales por la mala distribución del ingreso¹: de los 160 países incluidos en el estudio, Colombia ocupó el puesto 74. En el año 2011, el 10% más rico de la población ganaba 89 veces más que el 10% más pobre. En otras palabras, los más pudientes recibían el 50% de los ingresos del país, mientras que los más pobres solo ganan el 0,6%.

Aunque estas cifras son alarmantes, alguien podría preguntarse por qué la desigualdad que revelan es un problema socioeconómico prioritario. Al fin y al cabo –podría decir quien hace la pregunta– el problema importante es la pobreza, no la desigualdad. De acuerdo con este punto de vista, no importa cuánto más ganen quienes están en las clases altas y medias de la población, siempre y cuando quienes están en las capas más bajas de ingresos no estén por debajo de la línea de pobreza.

Infortunadamente, en Colombia –y en muchos otros países– el asunto no es tan sencillo, por dos razones. En primer lugar, la pobreza también es un grave problema social en el país. Las cifras oficiales del censo de 2005 estiman que en Colombia el 50,4% de las personas vivían en situación de pobreza, mientras que el 15,8% vivían en pobreza extrema. Las cifras de 2011 dan cuenta de un 34,1% de personas pobres y 10,6% en pobreza extrema; la disminución se debe, en parte, al cambio de metodología para medir esta situación². En segundo lugar, numerosos estudios han mostrado que la



Carlos Ramiro Sierra Ruiz.

1 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). "Human Development Report 2014". En línea: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_es_complete.pdf

2 DANE - DNP. "Pobreza monetaria en Colombia: Nueva metodología y cifras 2002-2010" (Departamento Administrativo Nacional de Estadística - Departamento Nacional de Planeación, 2012). En línea: http://www.dane.gov.co/files/noticias/Pobreza_nuevametodologia.pdf

desigualdad es un problema grave en sí mismo. Por ejemplo, la desigualdad de bienes afecta negativamente la productividad y el crecimiento económico³. Desde el punto de vista político, semejantes niveles de desigualdad ponen seriamente en peligro el sistema democrático, en la medida en que este presupone que todos los ciudadanos tienen la educación y los medios de subsistencia que les permiten participar de manera autónoma en los procesos de toma de decisiones públicas, incluyendo las elecciones.

El problema se vuelve aún más complejo e importante si tenemos en cuenta que, además de la económica, la sociedad colombiana está atravesada por múltiples formas de desigualdad y discriminación. Las cifras sobre discriminación por razones de raza, por ejemplo, son igualmente contundentes. Los afrocolombianos y los pueblos indígenas están en clara desventaja socioeconómica frente al resto de la población. Basta recordar que los ciudadanos afrocolombianos tienen una esperanza de vida mucho menor que el resto de la población (6 años menos en el caso de los hombres, 11 años menos en el caso de las mujeres) y que la incidencia del hambre en la población afro es el doble que en la población general⁴. No sorprende, entonces, que Chocó, donde el 85% de la población es



Jaime Pérez Munévar.

afrodescendiente, tenga un índice de desarrollo humano igual al de los países más pobres de América Latina, como Haití. El problema lo agrava el sistema educativo, que reproduce estas profundas desigualdades: de cada 100 jóvenes afrocolombianos, solo ocho tienen acceso a estudios superiores⁵.

Formas de desigualdad y fuentes de opresión

Las cifras anteriores muestran que, para comprender cabalmente el problema y el tratamiento que la Constitución colombiana le ha dado, es necesario entender que los tipos y las fuentes de la desigualdad son diversos. Además de los ingresos, la clase social y la raza, factores tales como el género, el origen étnico, la nacionalidad, la filiación religiosa o la ideología política pueden dar lugar a formas de discriminación y exclusión que violan el derecho a la igualdad. Pensemos en la discriminación de la que son objeto en Colombia las poblaciones afrodescendientes e

Actividad 1
Para investigar

¿Cuál es el índice de desigualdad actual en Colombia? Compare los ingresos de los más ricos con los de los más pobres según las últimas cifras disponibles.

3 Nancy Birdsall y Juan Luis Londoño, "Asset Inequality Matters: An Assessment of the World Bank's Approach to Poverty Reduction". *American Economic Review Papers and Proceedings* (mayo 1997).

4 César Rodríguez Garavito, Tatiana Alfonso Sierra e Isabel Cavellier Adarve, *Raza y derechos humanos en Colombia* (Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial –con cifras del DANE– 2009).

5 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio* (Bogotá: PNUD, 2011).

Recuadro 1

¿Discriminación racial en Colombia?

En el año 2011 la revista *Hola* publicó un artículo titulado “Las mujeres más poderosas del Valle del Cauca (Colombia) en la formidable mansión hollywoodiense de Sonia Zarzur, en el Beverly Hills de Cali”. El artículo venía acompañado de dos fotografías que causaron bastante polémica. La revista *Semana* describió detalladamente las imágenes: en una aparecían en primer plano cuatro mujeres blancas y adineradas –cuatro generaciones de la familia Zarzur– y atrás se apreciaban dos empleadas domésticas afrocolombianas uniformadas que sirven con bandejas de plata sin mirar a las cámaras. En otra foto aparecen las empleadas en sus labores domésticas en la cocina de la mansión*. La fotografía causó revuelo por el simbolismo de la imagen: “Era impactante el contraste social y la carga elitista que evidenciaba, ya que las mujeres afrocolombianas eran mostradas como si fuesen adornos”. En las redes sociales se manifestó que las fotografías eran una infamia y se denunció que la sociedad caleña es una de las más racistas del país. Otros, por su parte, opinaron que la fotografía reflejaba el “volver a las épocas de la esclavitud” y que, por tanto, su contenido apelaba directamente a la discriminación racial.

* La primera foto, la cual fue la que causó más conmoción, puede ser vista en *Diario Registrado*, “La revista *Hola* será denunciada por racismo en Colombia”. Sociedad, 15-12-2011. En línea: <http://www.diarioregistrado.com/Sociedad/56017-la-revista-hola-sera-denunciada-por-racismo-en-colombia.html>
Fuentes: Mónica Diago, “Polémica por fotografía del Beverly Hills caleño”. *Revista Cromos*, 5-12-2011. En línea: <http://www.cromos.com.co/personajes/actualidad/articulo-142915-polemica-fotografia-del-beverly-hills-caleno>
“Foto de la discordia”. *Semana*, 5-12-2011. En línea: <http://m.semana.com/nacion/articulo/la-foto-discordia/250614-3>

indígenas, las mujeres o los homosexuales, o la discriminación sufrida por los inmigrantes ilegales en países receptores como España, Alemania o Estados Unidos⁶.

6 La Corte Constitucional ha incorporado algunos de estos factores propios de la cotidianidad y los ha llamado “criterios sospechosos” para aplicar un análisis más estricto a un determinado caso. Lo anterior quiere decir que, si en un caso se encuentra presente uno de estos elementos, la revisión de la Corte debe ser más cuidadosa

Actividad 2

Para reflexionar

1. ¿Se ha preguntado cuántos indígenas y afrodescendientes estudian en su universidad? Haga un sondeo de cuántas personas pertenecientes a estas dos poblaciones ve en un día en el campus universitario.
2. ¿A qué razón atribuye el hecho de que la presencia de estos grupos sea escasa en instituciones de educación superior?

Para entender la variedad y omnipresencia de las fuentes de desigualdad, los teóricos sociales utilizan un término más general: opresión. Como lo indica la teórica política Iris Young, “la opresión designa las desventajas e injusticias que sufren algunas personas y grupos no por un poder tiránico que las coaccione, sino por las prácticas cotidianas” de una sociedad⁷. En otras palabras, la opresión puede existir aunque no haya una persona o un grupo que intencionalmente tome medidas que discriminen a otro grupo o persona. De hecho, excepto en regímenes donde la desigualdad está consagrada en los textos legales –como en los de *apartheid* racial (p. ej. el de la Sudáfrica de décadas pasadas)–, la violación del derecho a la igualdad surge de prácticas cotidianas difíciles de percibir, pero altamente eficaces, que responden a estructuras sociales⁸.

Por ejemplo, todos los estudios indican que en países como Colombia, donde la Constitución y la ley garantizan la igualdad laboral entre hombres y mujeres, los primeros siguen recibiendo salarios más altos que las segundas por los mismos empleos. Existe una amplia gama

y profunda. En la Sentencia C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se destacan como criterios sospechosos de discriminación los siguientes: la orientación sexual o la identidad de género, la raza, el origen nacional al igual que el étnico o de cualquier índole familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica, la pigmentación o el color de la piel, la condición social o económica, la apariencia externa, la discapacidad, la enfermedad o la pérdida de la capacidad laboral.

7 Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia* (Valencia: Cátedra, 2000), 74.

8 Un ejemplo es la Sentencia T-553 de 2011, en la que el demandante es una persona discapacitada que, por ser abogado penalista, debe acudir con frecuencia a los juzgados ubicados en el Complejo Judicial de Paloquemao de Bogotá, cuyas instalaciones no están adecuadas para la circulación de ciudadanos con discapacidad física.

de mecanismos directos e indirectos –desde el acoso sexual hasta los estereotipos sobre las habilidades de cada género, pasando por las mayores cargas domésticas que deben asumir las mujeres, entre otros– que promueven el ascenso profesional de los hombres a la vez que obstaculizan el de las mujeres. Estas múltiples formas de discriminación invisible –que se suman a las conscientes y abiertas– constituyen lo que algunos han llamado el “techo de vidrio” (*glass ceiling*) con el que se chocan los miembros de los grupos discriminados.

Siguiendo a Young, un inventario de las variedades de opresión que generan violaciones diarias del derecho a la igualdad incluiría las siguientes cinco formas:

Explotación. Esta es una de las fuentes centrales de opresión que generan las desigualdades económicas y sociales señaladas anteriormente. En términos de teoría social, desde Marx la explotación denota las relaciones desiguales entre los empleadores y los trabajadores o, dicho con más precisión, entre los propietarios de los medios de producción y quienes laboran para ellos vendiendo su fuerza de trabajo. La desigualdad que surge de esta relación se refiere no solo a los ingresos (que son, en general, mucho más altos para los empleadores que para los empleados), sino también al control sobre las condiciones de trabajo (que el empleador tiene el poder de determinar, mientras que han de ser acatadas por el empleado). Esta es la forma de opresión que genera las desigualdades clásicas de los sistemas económicos capitalistas y que, en el caso de Colombia, se ve reflejada por las cifras del Informe de Desarrollo Humano de la ONU citado al comienzo de este escrito.

Marginación. En las economías de mercado, sin embargo, hay una forma aún más profunda de opresión, que afecta a aquellas personas que no tienen trabajo o que lo tienen informal o precario. Según datos del DANE para 2013, en Colombia cerca del 49% de la población trabajaba en la economía informal y en 2013 cerca del 9% estaba desempleada⁹. Como es fácil advertir, los ingresos y condiciones de vida de esta población marginada son incluso

menores que los de los trabajadores a los que se refiere el concepto de explotación.

Carencia de poder. Las oportunidades económicas no son el único bien que es desigualmente distribuido en las sociedades contemporáneas. También es desigual la distribución de las posibilidades de participar y tener voz en las decisiones que afectan la vida pública y privada de las personas. En sociedades sexistas como la nuestra, los hombres aún tienen, en promedio, más poder de decisión en el trabajo y el hogar que las mujeres. Entre tanto, un síntoma común de racismo es la escasez de autoridades públicas o altos funcionarios pertenecientes a minorías raciales (como los afrocolombianos). En estos y muchos otros casos, la desigualdad implica que quienes se encuentran en posición ventajosa (los hombres y los miembros de la raza y etnia mayoritaria) tienen una incidencia desproporcionada en las decisiones públicas y privadas, lo que a la vez perpetúa el sistema desigual en el que está basada dicha ventaja.

Violencia simbólica. Esta forma de opresión se refiere a los estereotipos y concepciones culturales sobre grupos desaventajados. Surge de formas de pensamiento de los grupos sociales dominantes en las que las costumbres, habilidades, formas de hablar o actuar de los grupos dominados son vistas como inferiores o incipientes. Pensemos en los estereotipos culturales sobre las habilidades profesionales o domésticas de las mujeres o sobre la supuesta

Actividad 3

Para discutir

Algunos edificios lujosos tienen un ascensor especialmente diseñado para el personal de servicio doméstico, que tiene prohibido el uso del principal que utilizan los demás habitantes del edificio. Ambos ascensores son iguales físicamente, pero el del servicio doméstico está más apartado de la entrada principal e indica con un letrero que es para el servicio doméstico. Los celadores y vigilantes tienen la instrucción de no permitir que las empleadas y conductores utilicen el ascensor principal. ¿Está siendo vulnerado el derecho a la igualdad de las personas que trabajan en el servicio doméstico?, ¿por qué?

9 Para informalidad véase: *El Espectador*, “Colombia, con una informalidad laboral del 49%”. Economía, 10-2-2014. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-una-informalidad-laboral-del-49-articulo-474107>; y para desempleo: *Portafolio*, “Tasa de desempleo en el país terminó el 2013 en 8,4%”. 31-1-2014. En línea: <http://www.portafolio.co/economia/desempleo-diciembre-2013>

Recuadro 2

Participación femenina en los cargos públicos en Colombia

Veamos estos ejemplos para entender la dimensión del problema. En las Altas Cortes del país las mujeres tienen una participación mínima, a pesar de que hace décadas las estudiantes de derecho constituyen por lo menos la mitad de la población universitaria en dicha disciplina. En 2014, de los 23 magistrados de la Corte Suprema, solo dos son mujeres. La Corte Constitucional tenía solo dos mujeres entre sus nueve integrantes, mientras que en el Consejo de Estado la relación era de 20 a 7. En el Consejo Superior de la Judicatura, de donde salen las listas de las que la Corte Suprema y el Consejo de Estado eligen sus propios integrantes, hay solo dos mujeres entre sus 13 magistrados. La situación es muy similar en el Congreso, en los partidos políticos, en las entidades del gobierno y en la mayor parte del sector privado, donde las mujeres siguen sin tener una participación proporcional en los cargos directivos. Por todo lo anterior, la ley y la Constitución han creado mecanismos que buscan garantizar una composición de género más equilibrada, por lo menos en los altos cargos del Estado.

tendencia al crimen de poblaciones pobres o de color, etc. Dado que afecta nuestra percepción de la realidad, este tipo de opresión es un poderoso reproductor de las desigualdades sociales.

Violencia. La última forma de opresión es la que recurre a la coacción física para perpetuar las desigualdades sociales. Las operaciones de “limpieza social” contra homosexuales o indigentes, la violencia doméstica contra la mujer y los castigos físicos contra menores de edad son formas de subrayar y reproducir, mediante el uso de la fuerza física, la posición dominante de los grupos sexuales o las generaciones dominantes.

No es este el lugar para indagar en detalle el contenido y las expresiones de la opresión. En la práctica, la desigualdad resulta de la superposición de todas ellas, lo que explica que la protección constitucional del derecho a la igualdad sea tan difícil como urgente. Así, la

discriminación contra la mujer combina formas de explotación (en el trabajo), marginación (como lo muestra el hecho de que la mayoría de la mano de obra informal sea femenina), falta de poder de decisión (en el trabajo y en el hogar), violencia simbólica (un caso paradigmático es la visión utilitarista del cuerpo femenino que domina en la publicidad) y violencia (doméstica).

Con este telón de fondo sociológico y teórico podemos ahora adentrarnos en el estudio del tratamiento constitucional del derecho a la igualdad.

La búsqueda de la igualdad a través de la Constitución

Uno de los postulados centrales del constitucionalismo contemporáneo es el principio liberal de la igualdad, según el cual se otorga a todos los ciudadanos los mismos derechos y garantías. Surgido de las revoluciones francesa y estadounidense de finales del siglo XVIII, este principio buscaba derrumbar el sistema de privilegios de los regímenes monárquicos, en los que dichas libertades y garantías eran ventajas otorgadas a una clase privilegiada y, en últimas, dependientes de la voluntad del monarca. De allí el carácter revolucionario que tuvo en su momento la introducción del postulado liberal de “derechos iguales para todos”.



Angélica Vivas Salamanca, Tumaco, Narino (2005).

Actividad 4

Para discutir

Existen colegios y universidades que establecen medidas de discriminación inversa, otorgando becas especiales a estudiantes afrocolombianos. ¿Le parece que la medida viola o no viola el derecho a la igualdad? Con base en la lectura de este capítulo, adopte una posición y susténtela, considerando y refutando los argumentos contrarios.

La igualdad del constitucionalismo liberal, sin embargo, se refiere únicamente a la igualdad *ante la ley*. En otras palabras, lo que importa en esta concepción de igualdad es que la ley no discrimine a ninguna persona o grupo y que se aplique a todos sin privilegios ni concesiones. La igualdad jurídica –también llamada *igualdad formal*– apunta a prohibir discriminaciones fundadas en razones de raza, lengua, género, religión, ideas políticas u origen social. De hecho, esta prohibición es uno de los componentes del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución colombiana, que impediría, por ejemplo, que una ley excluya de los colegios o universidades a un cierto grupo racial o que el Estado proteja el

Actividad 5

Para reflexionar

En el caso *Shuette vs. Coalition to Defend Affirmative Action* (2014), la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró contrario al derecho a la igualdad en ese país que las universidades públicas consideraran la raza como un criterio de admisión. Con esta medida desmontaron muchos programas de discriminación inversa que garantizaban la presencia de las minorías raciales en las universidades públicas. Esta Corte, en cambio, acepta el criterio de pobreza como un criterio para recibir becas que no viola el derecho a la igualdad. ¿Qué opina de esta decisión? Analícela a la luz del derecho constitucional colombiano explicado a lo largo de este capítulo.

derecho a la vida o el debido proceso solo a los miembros de las clases altas.

Pero es importante advertir lo que omite la garantía de igualdad formal. Este concepto de igualdad no implica ninguna medida que busque disminuir las fuentes de desigualdad mencionadas anteriormente. Así, ante la explotación o la marginación económica, la igualdad formal se limita a exigir que el texto de las leyes no establezca privilegios, pero no requiere que el Estado o los ciudadanos actúen para disminuir la desigualdad evidente que existe en la realidad. En últimas, como lo dijo el escritor francés Anatole France en una frase famosa que resalta las limitaciones de la igualdad formal, “el derecho, en su majestuosa igualdad, les prohíbe por igual a ricos y pobres dormir bajo los puentes, pedir limosna en la calle o robar pan”. El problema al que alude France es que la igualdad ante la ley ignora las condiciones materiales que hacen muy diferentes las situaciones de ricos y pobres en relación con la necesidad de dormir o pedir limosna en la calle.

Por estas razones, en las constituciones contemporáneas el principio fundamental de la igualdad formal ha sido complementado con el principio de *igualdad material*. Este segundo componente –que, como veremos, también está en el artículo 13 de la Constitución colombiana– surgió de las críticas teóricas y las luchas sociales de los siglos XIX y XX que pusieron de presente la necesidad de regular la operación de las economías y las sociedades contemporáneas para compensar las desigualdades mencionadas. El calificativo “material” se refiere al intento de promover la igualdad no solo en el papel (en la ley), sino también en la realidad. De este modo, en un Estado Social de Derecho como el colombiano es igualmente importante la protección de la igualdad formal como la búsqueda de la igualdad material¹⁰.

Las medidas que han sido adoptadas por los Estados para promover la igualdad material son muy diversas. Para mencionar solo algunas conocidas, la mayoría de los Estados tienen sistemas de subsidio a los servicios públicos para promover el acceso de los sectores más pobres.

10 La Sentencia C-824 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, hace especial énfasis en la necesidad de brindar un trato específico a ciertos grupos poblacionales, como a las personas con discapacidad, e insiste en que el derecho a la igualdad trasciende la concepción formal y debe tener en cuenta las diferencias reales.

Actividad 6

Para discutir

Por la Ley de Cuotas, en principio, el o la presidente debe nombrar 30% de mujeres en los ministerios y altos cargos administrativos. ¿Usted considera que la Ley de Cuotas vulnera el derecho a la igualdad y crea un privilegio en favor de las mujeres? Sustente su opinión con al menos tres ideas de este capítulo (cite la página de la que toma cada idea).

Algunos países (como Brasil) han reservado cupos universitarios para minorías raciales en universidades públicas, mientras que otros (como Suecia o Francia) ofrecen sistemas de educación universal de alta calidad a los que acceden tanto ricos como pobres y, finalmente, algunos Estados (como Colombia) han establecido cupos especiales para mujeres y minorías étnicas en el Congreso y otros órganos políticos.

Para retomar un caso ya mencionado, en Colombia la llamada Ley de Cuotas (Ley 581 de 2000) establece que por lo menos un 30% de los altos cargos del Estado deben ser ocupados por mujeres. Esta obligación se aplica, por ejemplo, a los cargos directivos del gobierno, como los de ministro(a). Aunque existe controversia sobre el punto, también se aplica a las Altas Cortes, en las que, como vimos, las mujeres constituyen menos del 30%. La aplicación de la ley de cuotas, entonces, debería llevar a una composición de género más equilibrada de las Cortes y demás altos sectores del Estado¹¹.

Los objetivos de las medidas de promoción de la igualdad como la Ley de Cuotas y similares pueden ser sintetizados en dos¹². Por un lado, buscan dar mayor voz a los grupos desaventajados en las decisiones políticas que los afectan y, en general, en el proceso de toma de decisiones públicas. Con ello se pretende contrarrestar específicamente la forma de opresión consistente en la carencia de poder de los grupos desaventajados. En nuestro país, un ejemplo de estas medidas es el artículo

171 de la Constitución, que reserva dos curules en el Senado para candidatos elegidos por las comunidades indígenas. Otras medidas buscan mitigar las desigualdades o contrarrestar sus efectos económicos y culturales. Es el caso de los subsidios educativos o de servicios públicos para sectores pobres o de las políticas de acción afirmativa (también llamadas de “discriminación inversa”), como la promovida por la Ley de Cuotas, que dan un trato preferencial a miembros de grupos desaventajados para promover su acceso a oportunidades o funciones (educación universitaria o cargos directivos) de las que han sido tradicionalmente marginados¹³.

Gargarella explica que las políticas que buscan la igualdad material han sido objeto de críticas económicas, políticas y teóricas. Quienes aseguran que las políticas económicas más eficientes son las que dan libre juego al mercado tienden a criticar la intervención del Estado para promover la igualdad económica y social. Otros sostienen que las medidas de acción afirmativa que garantizan cupos a los grupos marginados en universidades u órganos de representación política violan el principio que quieren proteger, porque discriminan a los miembros de clases, razas o grupos sexuales dominantes por hechos que no dependen de su voluntad.

A continuación veremos cómo en la práctica jurídica estos conceptos y debates ideológicos y políticos tienen incidencia directa en la aplicación constitucional del derecho a la igualdad.

La aplicación constitucional del derecho a la igualdad en Colombia¹⁴

El contenido específico del derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad. Establece que todas las personas nacen libres

11 Véase César Rodríguez Garavito, “¿Y la mujer de la Corte?” *El Tiempo*, 6-5-2006.

12 Roberto Gargarella. “Introducción”, en R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona: Gedisa, 1999).

13 La Corte, en la Sentencia T-872 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo, se pronuncia en el mismo sentido al fallar que las autoridades demandadas debieron haber tomado medidas complementarias que mitigaran los efectos negativos del cierre de un basurero y así evitar la situación de marginamiento y exclusión del reciclador demandante, así como de los demás ciudadanos que ejercen el oficio de reciclaje.

14 Esta sección está basada en César A. Rodríguez Garavito, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *La Corte Constitucional el año de la consolidación* (Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1998), 257-289.

e iguales ante la ley y que todas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Adicionalmente, asigna al Estado las tareas de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Así mismo, la Constitución especifica que es obligación del Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra ellas. Este artículo constitucional incluye tanto la garantía de igualdad formal (en el primer párrafo) como la garantía de igualdad material (en el segundo y tercer párrafos)¹⁵. Al hacerlo, recoge la fórmula clásica del derecho a la igualdad, según la cual “hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”¹⁶.

La utilidad de esta fórmula radica en la inclusión de los dos mandatos de igualdad. De un lado, exige que las personas que se encuentren en circunstancias idénticas o similares sean tratadas de manera igual. Proscribe, por

tanto, las discriminaciones activas, esto es, las que establecen diferenciaciones injustificadas en los actos estatales o privados. Con base en esta exigencia, la mayoría de ordenamientos constitucionales contemporáneos no permiten leyes que excluyen a un grupo racial del goce de un derecho fundamental.

De otro lado, la fórmula propone que se trate de manera distinta a personas ubicadas en situaciones diferentes, cuando la diferencia es de tal proporción o está relacionada con bienes tan importantes que se requieran medidas compensatorias de la desigualdad de hecho. La segunda parte del principio prohíbe las discriminaciones pasivas, es decir, las que se configuran cuando no se establece una diferencia de trato frente a una situación desigual. Así, sería discriminatoria una ley que estableciera cargas tributarias iguales para todos los ciudadanos, sin tener en cuenta la diferencia de ingresos entre ellos.

Pero, ¿cómo se aplica esta fórmula abstracta en casos concretos? La fórmula general no es suficiente para orientar una decisión en un caso específico. La mención del trato igual entre iguales y al trato desigual entre desiguales es vacía, si no se examinan, como lo sugiere el politólogo italiano Norberto Bobbio¹⁷, tres elementos distintos en cada caso: 1) los sujetos entre los cuales se distribuyen los bienes o cargas, 2) los bienes o cargas que se distribuyen y 3) el criterio que se utiliza para distribuirlos.

La Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-022 de 1996¹⁸ que el análisis del principio de igualdad debe responder tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser de todo tipo: todos, muchos o pocos. Los bienes a repartir pueden ser derechos, deberes, ventajas económicas, cargos o poder, entre muchas posibilidades, y, por último, los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, entre otros.

Cuando el juez examina un caso de distribución de bienes o cargas para establecer si es o no conforme al derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, las dos primeras preguntas pueden responderse constataando las personas afectadas y el objeto distribuido. Esta

Actividad 7 Para discutir

En razón del sistema de pago por estratos, en Colombia los servicios públicos son mucho más caros para las zonas más ricas de las ciudades que para las más pobres, estableciendo subsidios cruzados. Analice si esta es una medida que viola o promueve la igualdad, aplique para esto los conceptos de igualdad formal e igualdad material.

15 Varias sentencias, como la C-030 de 2008 y la T-314 de 2011, citan el artículo 13 constitucional y resaltan la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados.

16 Desde sus fallos iniciales, la Corte expresó que la igualdad constituye un concepto relacional, en la medida en que su estudio parte de determinar una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas o grupos poblacionales. Además, ha reiterado a lo largo de su historia la idea según la cual debe darse un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales (véase Sentencia T-340 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

17 Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política* (Madrid: Taurus, 1995), 136 y ss.

18 Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Actividad 8

Para reflexionar

Un colegio religioso no acepta hijos ni hijas de personas separadas o divorciadas, ni niños o niñas nacidos por fuera del matrimonio religioso. Al separarse los padres de un alumno, las directivas inmediatamente lo expulsan y este interpone una tutela pidiendo el amparo de su derecho a la igualdad, pues dice que lo están discriminando por el estado civil de sus padres. El colegio alega que simplemente trata igual a lo igual (los hijos de padres separados) y que sería violatorio de la igualdad rechazar a los niños y niñas con padres separados, pero aceptarlos si la separación ocurre una vez admitidos.

¿Quién tiene razón, el colegio o el alumno?

verificación no implica preguntarse por la justificación de la repartición y, por tanto, no exige valoración por parte del juez. Por ejemplo, en un caso en el que se discuten las oportunidades de acceso de los menores de edad a la educación básica, las dos preguntas iniciales llevan al juez solamente a contestar que se trata de la distribución de un bien –el conocimiento– entre los integrantes de un sector de la población –los menores.

Por el contrario, en un juicio constitucional, frente al tercer interrogante no basta verificar la existencia de un criterio de distribución. Es necesario, además, evaluar cómo se justifica ese criterio de acuerdo con las reglas, principios y valores constitucionales. Siguiendo el ejemplo propuesto, si las oportunidades de acceso a la educación básica están distribuidas según el origen familiar –valga el caso, si los hijos legítimos tienen prioridad sobre los naturales–, el juicio constitucional de igualdad consiste justamente en evaluar si este criterio se ajusta a la Constitución. En este tercer ámbito se encuentra la dificultad esencial en la aplicación del derecho a la igualdad. La Corte Constitucional ha enfrentado esta dificultad mediante el llamado “test de razonabilidad”.

El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad

El test de razonabilidad debe su nombre al hecho de que funciona como una evaluación judicial de la justificación

Actividad 9

Para discutir

Un ingeniero y una ingeniera civiles recién graduados reciben ofertas de trabajo en la misma compañía. Aceptan y en el momento de firmar el contrato reciben exactamente el mismo documento con una sola diferencia: el de la mujer contiene una cláusula adicional mediante la cual se compromete a no quedar embarazada durante los próximos cinco años; si queda embarazada, se considera que ha violado el contrato y perderá el empleo sin indemnización. Al protestar, se le informa que todas las mujeres que trabajan en la compañía han aceptado la cláusula sin objetar.

¿Este contrato viola el derecho a la igualdad?, ¿por qué?



de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad. Dado que no todo trato igual está justificado –de acuerdo con la segunda parte del principio de igualdad– y no todo trato desigual debe justificarse –según la primera parte del principio–, el juez debe examinar en cada caso, a través del test, si el criterio que sustenta la igualdad o la desigualdad es constitucional o inconstitucional, y responder así la tercera pregunta señalada. En otras palabras, el test es un tamiz que permite distinguir los tratos iguales o diferentes que son conformes a la Constitución de los tratos iguales o diferentes que son discriminatorios y, por tanto, inconstitucionales. Los primeros, en el lenguaje utilizado por la Corte, tienen una

justificación “objetiva y razonable”, los segundos obedecen al capricho de las autoridades públicas o de los particulares¹⁹.

La Corte mencionó por primera vez el test de razonabilidad en la Sentencia T-422 de 1992, a través de una alusión general a la exigencia de que las diferenciaciones establecidas por las autoridades públicas deben estar “objetiva y razonablemente” justificadas²⁰. El primer desarrollo sistemático del test fue hecho en la Sentencia C-022 de 1996, donde la Corte declaró inconstitucional un beneficio otorgado por la ley a los bachilleres que prestaran el servicio militar, consistente en un aumento automático del 10% en el puntaje que obtuvieran en el examen del ICFES - Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior. De acuerdo con el test elaborado por la Corte para determinar si un acto es conforme al derecho a la igualdad –esto es, si tiene una justificación objetiva y razonable– el juez debe determinar si: 1) persigue un objetivo constitucionalmente *permitido*, 2) es *adecuado* para el logro del objetivo perseguido y 3) es *proporcional* al objetivo buscado.

No es este el momento de entrar en los detalles técnicos del test y la forma como ha evolucionado en la jurisprudencia de la Corte en los últimos diez años²¹. En esta ocasión, nos proponemos explicar cómo funciona el test en la práctica, de forma que pueda usarse para solucionar otros casos de derecho a la igualdad. Cerremos este texto introductorio al derecho a la igualdad, entonces, citando

19 La Corte ha utilizado repetidamente esta distinción entre diferenciación y discriminación. Véanse, entre otras, la Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que otorga una tutela para exigir a los operadores de un estadio de fútbol que destinen un lugar especial para ubicar a los espectadores minusválidos, o la T-403 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que protege el derecho a la igualdad de los hijos de un miembro del Ejército Nacional a los que se les había negado un descuento de matrícula en un colegio de la institución, por ser hijos de unión de hecho y no de matrimonio.

20 Sentencia T-422 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (la tutela procede para proteger el derecho a la igualdad de una persona que, a pesar de haber ganado un concurso de méritos, no fue nombrada para ocupar el puesto en la entidad pública que convocó el concurso).

21 Basta mencionar que el test continúa siendo utilizado por la Corte (p. ej. en las Sentencias T-948 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo; C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil) y que, a partir de la Sentencia C-093 de 2001, fue desarrollado para distinguir varios tipos de casos en los que, dependiendo de la gravedad de la situación desigual, el grado de severidad del test es mayor o menor.

la manera como la Corte decidió el caso de la ley que daba privilegios en el puntaje del ICFES a los bachilleres que prestaran el servicio militar.

En la Sentencia C-022 de 1996, que definió el caso, la Corte aplicó de la siguiente manera los tres pasos del test de igualdad, a través de los cuales concluyó que la ley violaba el derecho a la igualdad:

- a. Es claro que el beneficio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar *persigue un objetivo*: estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que significa la prestación de ese servicio.
- b. *El objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional*, no sólo porque la misma Constitución establece, en su artículo 216, la posibilidad de establecer prerrogativas por la prestación del servicio militar, sino también porque está destinado a satisfacer valores y principios constitucionales (mantenimiento del

Recuadro 3

¿Qué tan tolerante es a la diversidad?

Muchos de nosotros afirmamos ser “de mente abierta” pero realmente no nos hemos puesto a prueba. Ingrese al enlace <http://reallyopen.com/questions> y responda el cuestionario que se presenta. Después responda:

- 1. ¿Alguna de las cuatro situaciones que se presentan le causó molestia? De ser afirmativo, ¿cuál?, ¿por qué?
- 2. ¿Cree que si alguno de los personajes de las cuatro situaciones presentadas fuera su allegado le molestaría? Justifique su respuesta.
- 3. ¿Cree que se justifica que a las parejas del mismo sexo se les impida gozar de los mismos derechos que a las parejas heterosexuales, como el derecho al matrimonio civil y a la posibilidad de la adopción? Para responder esta pregunta siga los tres pasos del test de razonabilidad: a) ¿cuál es el objetivo de este impedimento?, b) ¿este objetivo persigue el alcance de un fin constitucional?, c) ¿negar estos derechos a parejas homosexuales es una medida proporcional para buscar el fin constitucional perseguido?

orden público, la convivencia, la independencia nacional, etc.), establecidos en el Preámbulo de la Carta y en varios de sus artículos (cf., entre otros, los artículos 1, 2, 217 y 218).

- c. Sin embargo, el trato desigual establecido por la norma acusada *carece de una justificación razonable*, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de *proporcionalidad*. En efecto, si bien el privilegio otorgado en relación con el puntaje en las pruebas del ICES a los bachilleres que prestan el servicio militar es *adecuado* para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.

No es *necesario* el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que logren eficazmente ese fin sin el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas.

[...] es particularmente importante para la decisión de la Corte el hecho de que el privilegio otorgado por la disposición acusada *no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad realizada por el bachiller que presta el servicio militar*. En efecto, las pruebas del ICES tienen como único objetivo medir la preparación académica de los alumnos que terminan sus estudios secundarios, con el fin de establecer un punto de referencia para el ingreso a las instituciones de educación superior. El único criterio relevante en relación con dichas pruebas es, por tanto, la competencia académica. En consecuencia, no se entiende cómo la prestación del servicio militar pueda implicar para quienes en ella participan un beneficio en este campo, pues a pesar de ser una actividad que contribuye al logro de valiosos objetivos sociales, no tiene una finalidad académica. Por esto, la Corte no comparte la opinión de los ciudadanos intervinientes y del Ministerio Público, cuando afirman que ese beneficio es una “compensación” por la prestación del servicio militar, pues aquélla y ésta son de naturaleza completamente diferente.

Actividad 10

Para discutir

Considere, a partir del test de razonabilidad, si las siguientes leyes serían violatorias de la Constitución:

- Una ley que establece un incremento del 15% en el subsidio de vivienda de interés social a las mujeres que demuestren ser madres cabeza de familia (que son la persona principal que mantiene a su familia).
- Una ley que establece enormes beneficios tributarios para quienes contraten a personas desmovilizadas de la guerrilla, pero no para quienes contraten personas desmovilizadas de los paramilitares.
- Una ley que diga que las víctimas del conflicto armado que saquen puntajes superiores al promedio en las pruebas Saber de ese año serán admitidas de forma automática en la universidad pública de su escogencia, donde cursarán la carrera gratuitamente y recibiendo un salario mínimo mensual durante un período de cinco años o el tiempo que dure la carrera.
- Una ley que diga que la educación pública, en colegios y universidades, será de preferencia para las personas de estrato 1 y 2, y solo si quedan cupos disponibles podrán ingresar a las universidades públicas personas de estratos más altos.
- Una ley que prohíba a las personas homosexuales adoptar niños y niñas menores de 15 años.

Glosario

Igualdad formal. Se refiere a la igualdad ante la ley. Lo que importa en esta noción de igualdad es que la ley no discrimine a ninguna persona o grupo y que se aplique a todos, sin privilegios ni concesiones. Apunta a prohibir discriminaciones fundadas en razones de raza, lengua, género, religión, ideas políticas u origen social.

Igualdad material. Este concepto intenta promover la igualdad no solo en el papel (en la ley), sino también en la realidad. Se basa en la premisa de que se debe dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Se busca generar mejores condiciones para aquellos que están en una situación de desventaja.

Test de razonabilidad del derecho a la igualdad. Evaluación que hace el juez de la justificación de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad. Consiste en determinar si el acto desigual: 1) persigue un objetivo constitucionalmente permitido; 2) es adecuado para el logro del objetivo perseguido; y 3) es proporcional al objetivo buscado.

Material de apoyo

Videos y documentales

- “Discriminación en los bares de Bogotá” (5:41 min). Testimonio del afrodescendiente Hernán Viveros, un caleño de 28 años que ha sido objeto de discriminación en bares de Bogotá. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=k369f2M5B-f4&feature=relmfu>
- *Diversidad afectivo sexual* (Amnistía Internacional, 11:40 min). El video narra la historia de un grupo de niños que se enfrenta a la realidad de la discriminación contra quienes son diferentes. En línea: <http://www.es.amnesty.org/redescuelas/materiales-para-el-profesorado/diversidad-afectivo-sexual/>
- “Homofobia” (Documentales Pirry, 9:27 min). El documental narra la historia de una pareja de dos hombres que trabaja en la Policía y fue objeto de discriminación por parte de esa institución a causa de su orientación sexual. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=gXZ1J4J3fwk>
- *Sewers of Bogotá* (Balls Deep, presentado por Thomas Morton, 26:15 min). El documental narra la historia de un grupo de personas que viven en las alcantarillas (sewers) de Bogotá y que a diario son perseguidas en actos de “limpieza social”. En línea: <http://www.vice.com/balls-deep/sewers-of-bogota>

Referencias bibliográficas

Birdsall, Nancy y Juan Luis Londoño. "Asset Inequality Matters: An Assessment of the World Bank's Approach to Poverty Reduction". *American Economic Review Papers and Proceedings* (mayo 1997).

Bobbio, Norberto. *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995.

DANE- DNP. "Pobreza monetaria en Colombia: Nueva metodología y cifras 2002-2010". Departamento Administrativo Nacional de Estadística - Departamento Nacional de Planeación, 2012. En línea: http://www.dane.gov.co/files/noticias/Pobreza_nuevametodologia.pdf

Fedesarrollo. "Tendencia económica: Informe mensual de Fedesarrollo". 2011. En línea: http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/T-E-No-112_web-21.pdf

Gargarella, Roberto. "Introducción". En R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Los afrocolombianos frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Bogotá: PNUD, 2011.

Rodríguez Garavito, César. "¿Y la mujer de la Corte?" *El Tiempo*, 6 de mayo 2006.

____. "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad". En *La Corte Constitucional: El año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de los Andes - Observatorio de Justicia Constitucional, 1998, 257-289.

Rodríguez Garavito, César; Tatiana Alfonso Sierra e Isabel Cavelier Adarve. *Raza y derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial (con cifras del DANE), 2009.

Young, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Valencia: Cátedra, 2000.

Un país multicultural: la Constitución y la diferencia étnica y cultural en Colombia

Libardo Ariza Higuera

Enfoque diferencial
multiculturalismo
derechos humanos



Objetivos de aprendizaje

- Ampliar la mirada sobre la identidad colombiana y comprender su riqueza.
- Promover la reflexión sobre la responsabilidad en la protección de la dignidad de las diferentes culturas y del ser humano.
- Analizar los retos y las tensiones del pluralismo étnico y cultural.
- Comprender cómo se ha regulado el reconocimiento de la diversidad en Colombia.



Guía de estudio

Uno de los cambios más significativos que introdujo la Constitución de 1991 fue el reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Para un país tradicionalmente arraigado en la construcción monocultural de la identidad nacional, la consagración del pluralismo étnico y cultural, como uno de los principios que deben orientar la puesta en marcha del régimen constitucional, ha supuesto importantes retos y tensiones.

Este capítulo se estudia el significado, contenido e implicaciones de la definición de Colombia como un país multicultural, tal como se consagra en el preámbulo de la Constitución, y sus desarrollos en algunos artículos de la Carta (art. 7, art. 70 y art. 72). También se analizan las principales tensiones que genera el reconocimiento de la diversidad de concepciones y valores culturales y se describe el régimen constitucional multicultural establecido en la Constitución de 1991, para mostrar las principales tensiones derivadas del proyecto constitucional de construir una nación unida en su diversidad.

Introducción

Se calcula que durante la Conquista de América murieron cerca de 92 millones de personas de comunidades precolombinas. De hecho, se asegura que después de 1492, "bajo el efecto de factores letales desatados, o que adquirieron una fuerza virulenta especial con la llegada de los europeos, la enorme población aborigen de América se redujo quizá en un 90 o 95% en el periodo relativamente corto de algunas décadas o de un siglo"¹. Esta drástica disminución de la población nativa fue el resultado de varios factores: las guerras, las enfermedades, los malos tratos y la desestructuración del modo de vida indígena², todo ello alentado o simplemente permitido, dado que los conquistadores tenían a los indígenas por seres inferiores "que están a la mitad del camino entre los hombres y los animales"³. Los cronistas de Indias dan cuenta de la existencia de una enorme riqueza y diversidad humana y cultural que, pese a los intentos por borrarla en una larga y cruenta historia de violencia, aún resiste como testimonio vivo de una perspectiva de sociedad alternativa que intenta explicar otra relación del ser humano con el mundo, y subsiste para mostrarnos ese "abanico de posibilidades"⁴ que permite elegir entre muchos proyectos de vida posibles.



Andrés Monroy Gómez

1 Woodrow Borah, "¿América como modelo? El efecto demográfico de la expansión europea sobre el mundo no europeo", en Sherburne Cook y Woodrow Borah, *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1989), 283.

2 Pedro Pérez, *América Latina y el colonialismo europeo, siglos XVI-XVIII* (Madrid: Síntesis, 1992).

3 Tzvetan Todorov, *La Conquista de América. El problema del Otro* (México: Siglo XXI, 1989), 157.

4 Charles Taylor, *La ética de la autenticidad* (Barcelona: Paidós, 1994).

Recuadro 1
Los justos títulos

Las dudas sobre la legitimidad de la conquista europea del Nuevo Mundo dieron lugar al debate sobre los Justos Títulos. En la Junta de Valladolid, celebrada entre 1550 y 1551, se defendieron posiciones francamente opuestas sobre la naturaleza de los indígenas y los fundamentos del derecho a continuar la guerra de conquista y el proceso de colonización de los pueblos americanos. Por una parte, Juan Ginés de Sepúlveda sostenía la tesis de que los indígenas eran seres inferiores por naturaleza y que los españoles, dada su grandeza y templanza, estaban llamados a dominar y llevar la verdadera civilización. En el *Demócrates segundo*, Sepúlveda consignó su posición en los siguientes términos: “con perfecto derecho los españoles ejercen su dominio sobre esos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio y todo género de virtudes y humanos sentimientos son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos, las mujeres a los varones, los crueles e inhumanos a los extremadamente mansos”^{*}.

Por otra parte, Bartolomé de las Casas denunció la brutalidad de la conquista, asegurando que los españoles estaban destruyendo una civilización pacífica. En su texto *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* relata: “otra vez, este mismo tirano fue a cierto pueblo que se llamaba Cota y tomó muchos indios e hizo despedazar a los perros quince o veinte señores e príncipes, e cortó mucha cantidad de manos de hombres y mujeres, y las ató a unas cuerdas, y las puso colgadas de un palo a la lengua, porque vieses los otros indios lo que habían hecho”^{**}. De las Casas defendía la racionalidad de los indígenas y abogaba por una forma de gobierno basada en su tratamiento como súbditos de la corona. En lo que sí estaban de acuerdo unos y otros era en no renunciar a la expansión de la civilización católica europea sobre los territorios y habitantes del Nuevo Mundo.

^{*} Citado en Alejandro Lipschutz, *El problema racial en la conquista de América* (México: Siglo XXI, 1963).
^{**} Bartolomé de las Casas. “Brevisima relación de la destrucción de las Indias”, en *Bartolomé de las Casas, Obra indigenista* (Madrid: Alianza, 1992), 61-151.

En América Latina, con aproximadamente 607 millones de habitantes, cerca de 40 millones de personas se identifican como indígenas. Pero la diversidad cultural varía de país a país: cerca de ocho millones de personas se definen como indígenas en Perú, en Bolivia el 62% de la población es indígena, en Ecuador se reconocen 13 nacionalidades indígenas y en México los pueblos indígenas representan casi el 9% de la población; en otros países, los pueblos indígenas y afrodescendientes son minoritarios, como en Venezuela, Argentina y Chile. En Colombia podemos estar orgullosos de contar con cerca de 82 pueblos indígenas que hablan 64 lenguas, pueblos indígenas que representan, pues, cerca del 1,75% de la población colombiana, a los que se suman las comunidades negras, raizales y el pueblo Rom⁵.

Sin embargo, apenas somos partícipes de esa enorme riqueza cultural, como lo denota el hecho de que la población colombiana sea monolingüe frente a los indígenas, pero políglota frente al mundo global. Como señala Bonilla, a pesar de que las manifestaciones artísticas de “García Márquez, las esculturas de Ramírez Villamizar y las pinturas de Obregón han sido fuertemente influidas y alimentadas por las culturas negra y aborígena”⁶, dicha situación ha pasado inadvertida en un contexto social en el cual la palabra “indio” sigue usándose con una connotación de desprecio. Los pueblos indígenas y afrodescendientes continúan padeciendo la violencia del conflicto armado, mientras intentan superar la pobreza estructural y los rigores del racismo.

Colombia solo se reconoce como un país multicultural a partir de la Constitución de 1991, pese a la presencia significativa de pueblos indígenas y afrodescendientes. Uno de los aspectos más sobresalientes del texto constitucional es el que acepta de manera expresa la variedad de manifestaciones culturales que existen en la sociedad colombiana: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”⁷. Así, la diversidad y riqueza inherentes al pluralismo cultural han dejado de ser obstáculo para la consolidación del Estado nación colombiano y se han convertido en uno de los cimientos sobre los cuales se espera edificar el nuevo proyecto

5 Daniel Bonilla, *La Constitución multicultural* (Bogotá: Unianandes - Instituto Pensar, Siglo del Hombre, 2006), 26.
6 Bonilla, *La Constitución multicultural*.
7 Constitución Política de Colombia (art. 7).

Actividad 1

Para investigar

Elija diez palabras de alguna de las 64 lenguas indígenas que se hablan en nuestro país y averigüe su significado. Prepare una breve reseña de la comunidad indígena que habla la lengua escogida y compártala en clase.

político emprendido a partir de 1991. La importancia del reconocimiento constitucional del pluralismo étnico y cultural se dimensiona cuando se contrasta con las políticas gubernamentales que, histórica e infructuosamente, intentaron construir una nación asentada exclusivamente sobre *una* cultura nacional y *una* identidad y mediante la puesta en marcha de políticas raciales como el *blanqueamiento* de la población y el mestizaje. En este sentido, una de las afirmaciones más contundentes, por lo explícita, se encuentra en el discurso de Simón Bolívar ante el Congreso de Angostura, uno de los momentos fundacionales del Estado nación colombiano:

Para sacar de este caos a nuestra reciente República, todas nuestras facultades morales no serán bastantes, si no fundimos la masa del pueblo en un todo; la composición del gobierno en un todo; la Legislación en un todo, y el espíritu nacional en un todo. Unidad, Unidad, Unidad debe ser nuestra divisa. La sangre de nuestros ciudadanos es diferente, mezclémosla para unirlos⁸.

La idea de que las diferencias raciales y culturales constituían un impedimento para la unidad nacional llevó a los distintos gobiernos a emprender políticas activas de asimilación cultural y adoptar la igualdad abstracta de todos los ciudadanos ante la ley como el principal recurso para buscar la cohesión social. Cuando legalmente se reconocían diferencias culturales, como en el caso de los pueblos indígenas, estas se entendían como medidas provisionales diseñadas para que las personas pertenecientes a

8 Simón Bolívar, "Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819", en *Proclamas y discursos* (Bogotá: Fundación para la Investigación y la Cultura Bolívar, 2001), 138. Bolívar agrega que "es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y éste se ha mezclado con el indio y con el europeo". Bolívar, "Discurso", 123.

Recuadro 2

Miguel Antonio Caro y La Regeneración

Mientras que el discurso que acompañó al proceso de independencia se basaba en denunciar las atrocidades del dominio español, deslegitimándolo, el proceso de construcción nacional iniciado durante el período conocido como La Regeneración buscaba recuperar el legado español como sustento de la identidad nacional colombiana. Miguel Antonio Caro, uno de sus principales forjadores, consideraba la educación católica como un recurso indispensable para la formación de los seres humanos como sujetos sociales. En su ensayo *Educación religiosa*, escrito en 1885, expone las consecuencias negativas de la ausencia del catolicismo: "Faltando desde el principio algunos elementos esenciales de alimentación, se producen monstruosidades físicas, así también la falta de educación religiosa engendra monstruosidades morales, de que tenemos en Colombia, por desgracia, no pocos ejemplares"^{*}.

Para Caro los indígenas representaban la manifestación corpórea del salvajismo y de la degeneración causada por la ausencia de catolicismo, así que respaldó el retorno a los procesos de evangelización a través de misioneros. En su ensayo "La conquista" Caro aseguraba que "muchas tribus salvajes siguen, en el seno de Repúblicas democráticas, ejerciendo las mismas bárbaras costumbres de antaño, ajenas de todo destello de cultura". También pensaba que el trabajo inconcluso de los misioneros había derivado en grupos de indígenas "que entraron a medias en la vida civilizada"^{**}, creando de este modo una tipología que del salvaje pasaba al semisalvaje, hasta llegar al indio civilizado, tipología que sería rescatada por los redactores de la Ley 89 de 1890 que regiría las relaciones entre el Estado y los indígenas de Colombia durante casi cien años.

* Miguel Antonio Caro, "Educación religiosa", 25 de noviembre de 1885, en *Estudios Constitucionales y jurídicos. Primera serie*. Comp. Carlos Valderrama (Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1986), 17.

** Miguel A. Caro, "La Conquista", en *Obra selecta* (Bogotá: Biblioteca Ayacucho, 1930), 23.

Actividad 2

Para discutir

1. Sustente por qué la ley no debe ser la misma para todos. Tome como base la lectura de este capítulo y remítase a la existencia de diferencias étnicas y culturales.
2. Mencione tres diferencias reconocidas por la ley.
3. Mencione tres temas en los que prevalece la regulación de la sociedad mayoritaria.

dichas comunidades abandonaran su estado de “salvajismo” y pudieran ingresar al mundo de la ciudadanía⁹. Las comunidades afrodescendientes ni siquiera eran mencionadas en la legislación y, por tanto, no existían desde el punto de vista jurídico y político. La declaración de que todas las personas son iguales ante la ley se hizo a expensas de la negación de la pluralidad cultural de la sociedad colombiana.

La ciudadanía nacional y la diferencia étnica y cultural

La ciudadanía nacional

El modelo de ciudadanía nacional se basa, precisamente, en la existencia de una nación. Aunque nos resulte natural en la vida cotidiana, la nación es el resultado de un complejo proceso de invención y construcción. La nacionalidad supone un proceso continuo de producción y reproducción de una identidad que, por una parte, le permita a un conjunto de personas adscribir un sentimiento de pertenencia frente a un pasado, un territorio y un sistema de gobierno y, por otra, distinguir a sus miembros de aquellos que viven más allá de sus fronteras o que, viviendo dentro de las mismas, como en el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes, tienen una identidad que implique una barrera para lograr la unificación de la población con base en una misma lengua y/o religión. El modelo nacional de ciudadanía entraña una tensión entre el carácter universal de sus reclamos y



Eva Lucía Díaz Burckhardt.

la particularidad de las identidades individuales y colectivas, es decir, entre ciudadanía e identidad¹⁰.

La defensa de la nación como forma de identidad y cohesión de una población es el primer pilar del modelo de ciudadanía nacional que, además, se asienta en un territorio claramente limitado por fronteras y organizado bajo la forma política del Estado. Por su parte, la formación política del Estado reconoce a los individuos un estatus jurídico y político dentro del espacio donde ejerce soberanía, con base en criterios subjetivos –adopción de los valores nacionales– y objetivos –nacimiento o permanencia prolongada dentro de las fronteras territoriales–. El modelo dominante de la ciudadanía nacional y la igualdad formal ante la ley choca frontalmente con las perspectivas políticas y filosóficas que, como el multiculturalismo, abogan por la creación de una comunidad política basada en el reconocimiento de la diferencia.

9 Libardo Ariza Higuera, *Derecho, saber e identidad indígena* (Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 2009).

10 Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia* (Bogotá: Universidad de los Andes - Siglo del Hombre), 1998; Trevor Purvis y Alan Hunt, “Identity versus citizenship: Transformations in the discourses and practices of citizenships”. *Social & Legal Studies*, 8, núm. 4 (1999): 457-482.

El multiculturalismo

Desde la filosofía política, la crítica al carácter único de la identidad nacional y a la igualdad formal ante la ley como principio ordenador de la sociedad ofrece algunos ejemplos significativos: las propuestas de promoción de una ciudadanía multicultural¹¹, la importancia del multiculturalismo y las políticas del reconocimiento para la identidad individual y la definición de los proyectos de buen vivir¹², los modelos de diseño constitucional para responder a las expectativas y situaciones generadas por el pluralismo cultural¹³.

El multiculturalismo puede definirse como una perspectiva filosófica y política que busca crear instituciones que reconozcan equitativamente las diferentes manifestaciones culturales presentes en una sociedad determinada y, además, construyan los criterios para establecer la convivencia pacífica y armónica entre culturas cuyas prácticas pueden entrar en tensión o conflicto. De este modo, se parte del reconocimiento de la igualdad entre culturas y del rechazo a la imposición de una perspectiva cultural sobre las demás, haciendo énfasis en la elaboración de criterios, reglas e instituciones interculturales. En el debate sobre el carácter de los derechos humanos se han presentado propuestas a partir de las cuales “los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales”¹⁴ para superar la tensión entre universalidad y relativismo cultural. Así mismo, se acepta que la igualdad formal ante la ley, y los derechos individuales que asigna, no basta para responder a los reclamos legítimamente presentados por los grupos étnicos y las minorías culturales presentes en el territorio de un Estado. En este sentido, se pasa de las medidas temporales y transitorias contenidas en los proyectos de acción afirmativa a la definición de derechos diferenciados en función del grupo, que permitan la conservación y reproducción de las comunidades étnicas y las minorías culturales como entes jurídicos y culturales con existencia propia. Por tanto, las comunidades indígenas han sido reconocidas constitucionalmente como sujetos activos de ciertos derechos

y sus miembros gozan de una ciudadanía especial, si se quiere, “multicultural”¹⁵, pues pueden ejercer tanto sus derechos de ciudadanía general como aquellos que les corresponden en cuanto miembros de una comunidad cultural diferenciada.

La Constitución de 1991 y el proyecto multicultural

Por una paradoja histórica no exenta de ironía, los pueblos indígenas y afrocolombianos, que antaño sufrieron el repudio jurídico y social, fueron convocados a la Asamblea Constituyente de 1991 para formar parte de la reconstrucción del Estado nación colombiano. Diversas razones se han expuesto para entender este desconcertante giro en la historia de las relaciones entre las formas jurídicas y las minorías nacionales en Colombia. Hay quienes afirman que dicho giro se explica como una consecuencia de la creciente importancia de los movimientos locales, regionales y globales a favor del reconocimiento del pluralismo cultural y de su alianza estratégica con organizaciones que promueven el respeto por el medioambiente y la naturaleza¹⁶. Están también quienes señalan que la incorporación en el nuevo proyecto constitucional de los sectores sociales tradicional y estructuralmente excluidos de la sociedad colombiana era indispensable para legitimar un régimen político que atravesaba una de las mayores crisis de su historia¹⁷.

El régimen multicultural en Colombia

En materia de diversidad y pluralismo cultural, Colombia cuenta con uno de los regímenes jurídicos más progresistas de Latinoamérica, al punto que tanto el diseño constitucional como las decisiones judiciales que lo han interpretado y aplicado constituyen un referente para los países con minorías nacionales y grupos étnicos en su territorio. Según Bonilla, los derechos consagrados por la Constitución de 1991 para la “protección y promoción de la diversidad cultural” pueden dividirse en tres categorías. En la primera se encuentran aquellos derechos que

11 Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural* (Barcelona: Paidós, 1996).

12 Taylor, *La ética*; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento* (México: FCE, 1991).

13 Bonilla, *La Constitución multicultural*.

14 De Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, 352.

15 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*.

16 Peter Wade, “The guardians of power: Biodiversity and multiculturalism in Colombia”, en Angela Cheater (ed.), *The Anthropology of Power* (Londres: Routledge, 1999), 73-87.

17 Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro* (Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, 2009).

buscan “promover el autogobierno de las minorías”¹⁸. Dentro de este grupo de derechos están: la igualdad y la dignidad de todas las culturas como fundamento de la nacionalidad (art. 70); la facultad de ejercer su propia justicia (art. 246); el derecho de propiedad colectiva de los resguardos, cuyos territorios se consideran inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63); y la autonomía para gobernar y gestionar el desarrollo en sus entidades territoriales (art. 286). En la segunda categoría están los derechos que buscan garantizar y promover la participación política de las minorías, como el de elegir dos representantes indígenas para el Senado de la República (art. 171), la posibilidad de un representante más en la Cámara (art. 176) y el reconociendo de la doble nacionalidad de los indígenas de territorios fronterizos (art. 96, lit. c). La tercera categoría agrupa a “aquellos que se proponen proteger y promover la expresión, defensa y reproducción del patrimonio cultural de las minorías” (art. 96, lit. c), tales como el de derecho a la conservación de los recursos naturales dentro de una concepción de desarrollo sostenible y el derecho a consulta previa para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas (art. 80); la oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios, la etnoeducación y la enseñanza bilingüe (art. 10, lit. e; art. 68, num. 5).

Como era de esperarse, este amplio catálogo de derechos ha suscitado una enorme cantidad de sentencias de la Corte Constitucional que intentan definir, aclarar e interpretar el alcance y significado de las normas que conforman el régimen multicultural en Colombia. En la siguiente sección de este capítulo se presentan las principales tensiones que supone conciliar el reconocimiento del pluralismo cultural con la protección de los derechos fundamentales individuales, así como las reglas interpretativas construidas por la Corte Constitucional para allanar el camino hacia una sociedad que valore y respete la diversidad.

La puesta en marcha del proyecto: principales tensiones y logros

Las protecciones externas: la consulta previa

Como se señaló anteriormente, la Constitución de 1991 consagra un grupo de derechos y medidas especiales que buscan garantizar la participación de las comunidades



Carolina Ortiz Fonseca.

indígenas en las decisiones que las afectan y protegerlas de los factores exteriores que razonablemente puedan poner en riesgo su supervivencia física y cultural. Para ello, se establecen mecanismos como la consulta previa para que los pueblos indígenas participen en el proceso decisorio sobre proyectos de explotación y desarrollo económico que tengan lugar en su territorio, que recaigan sobre los recursos naturales allí ubicados, así como en la adopción de medidas legislativas.

Uno de los primeros y más significativos casos resueltos por la Corte fue el de la acción de tutela interpuesta por la Organización Indígena de Antioquia, en representación de la comunidad indígena Embera Katío de Chajegradó, contra una compañía maderera. Dicha compañía, con autorización estatal, explotó cerca de 4.000 hectáreas de bosque húmedo tropical que constituían la base material de la economía y subsistencia de la comunidad indígena. El impacto de la intervención fue tal que la supervivencia de los embera katío se vio amenazada¹⁹. Esta misma aproximación le sirvió a la Corte para ordenar la suspensión de la exploración petrolífera en el territorio de la comunidad indígena u'wa, caso en el cual reiteró que, para asegurar la subsistencia y conservación de los grupos indígenas, la Constitución “ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en

18 Bonilla, *La Constitución multicultural*, 29.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes. Es en esta sentencia en donde la Corte señala por primera vez el nuevo estatus jurídico de las comunidades indígenas, con las siguientes palabras: “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”.

territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación²⁰. Cuando la comunidad indígena no participa mediante la consulta previa, las obras que se adelantan en territorio indígena son inconstitucionales. En efecto, cuando dichas obras ponen en peligro la supervivencia y el futuro de la comunidad, los demandados tienen la obligación de velar por la conservación de cada uno de sus miembros, hasta que esta restablezca su equilibrio y aquellos puedan ser nuevamente autosuficientes²¹. En el caso que enfrentó a la comunidad embera con los constructores del proyecto hidroeléctrico Urrá, cuya puesta en marcha destruyó por completo la base material de subsistencia de la comunidad, la Corte conceptuó que las obras “resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española”²².

La Corte también ha negado la posibilidad de construir pistas aéreas en territorios indígenas como pretenden grupos religiosos con intenciones evangelizadoras, “por cuanto la nueva Constitución consagra el derecho de propiedad privada de los indígenas sobre los resguardos”²³. No obstante esta decisión, es necesario aclarar que los pueblos indígenas no tienen un poder pleno sobre su territorio, a pesar de que en algunos ámbitos se les reconozca un control exclusivo. Dicho poder se desvanece cuando está en juego la protección de la seguridad y unidad del Estado. Con base en este razonamiento, la Corte permitió que el Ministerio de Defensa de Colombia y la Misión Aérea de los Estados Unidos construyeran una base militar y un radar en el territorio amazónico ancestral de las comunidades huitoto y muinane. Así, cuando los valores fundamentales del Estado colombiano se ven afectados, un territorio ancestral pierde su carácter sagrado y puede ser profanado, pues

[...] en ningún caso puede pensarse en que los derechos de la comunidad indígena prevalecen sobre los derechos de los colombianos –en general–, y más teniendo

en cuenta que de lo que se trata en el presente caso es de la obligación del Estado colombiano asegurarles a los habitantes del territorio nacional la protección en sus vidas, bienes, seguridad, etc. Obligación que cumple, por ejemplo, instalando en diversos lugares estratégicos del territorio nacional radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico²⁴.

Otro grupo de medidas de protección se relacionan con los beneficios y trato legislativo especial para los pueblos indígenas. En este sentido, la Corte Constitucional ha respaldado la afiliación de los miembros de las comunidades indígenas al sistema de seguridad social dentro

Actividad 3 Para investigar

Investigue qué ha dicho la Corte Constitucional respecto a la consulta previa y qué parámetros ha establecido. Luego, responda:

1. ¿El que la empresa Cerrejón lleve a cabo consultas informales con los pueblos indígenas que se afectarían con el desvío del río Ranchería viola el derecho fundamental a la consulta previa o las conversaciones sí pueden ser tenidas en cuenta?
2. ¿En Colombia se pueden llevar a cabo consultas previas antes de contar con estudios técnicos oficiales que informen sobre las afectaciones reales que el proyecto puede causar a las formas de vida de las comunidades indígenas asentadas en la zona de la intervención?
3. ¿En Colombia, para dar luz verde a los proyectos de desarrollo que afectan las formas de vida indígena, se debe contar con la aprobación por parte de las comunidades indígenas afectadas?
4. ¿Qué opina con respecto a que el derecho fundamental de consulta previa solo se reconozca a las comunidades indígenas y afrodescendientes y no a otras, por ejemplo, campesinos que viven de trabajar la tierra?

20 Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

23 Corte Constitucional. Sentencia T-257 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 1993. M.P. Hernando Herrera.

Recuadro 3
Intervenciones en territorios indígenas y consulta previa

El caso del río Ranchería

La empresa minera Cerrejón opera desde hace varios años el departamento de La Guajira (Colombia), controlada en partes iguales por las multinacionales BHP Billiton, Anglo American y la suiza Xstrata, y centra su actividad minera en la explotación de carbón. A finales del año 2010 Cerrejón puso en marcha un nuevo proyecto para explotar 530 millones de toneladas de carbón, localizadas en el cauce del río Ranchería, lo que implicaba desviar el curso en un tramo de 26 kilómetros. El río “nace en el páramo de Chirigua, al este de la Sierra Nevada de Santa Marta y desemboca en el mar Caribe, en cercanías del municipio de Riohacha, en donde se asientan los pueblos indígenas wiwa (o arzario) y wayúus”.

De manera reservada, la empresa inició el proyecto al tiempo que mantenía conversaciones con los indígenas wayúu, sin que estas tratativas constituyeran la consulta previa informada determinada por la ley, según denunciaron varios medios de comunicación. Óscar Guariyu, representante legal de la Asociación de Autoridades y Cabildos Indígenas Wayuu del sur de La Guajira dijo a la revista Semana que se estaban realizando acuerdos o negociaciones a cambio de cien chivos, nueve novillas y un toro. Por su parte, el líder indígena Jazmín Romero denunció que los funcionarios del Cerrejón llegan a las comunidades que no tienen información, reparten cosas y así hacen la consulta y que ya han visitado más de 100 pueblos. Es de resaltar que las negociaciones se llevaban a cabo sin que la empresa hubiera tramitado una licencia para el desvío del curso del río y sin estudios ni informes oficiales sobre los impactos económicos, sociales y medioambientales que el proyecto podía causar a estas comunidades.

El río Ranchería –con 248 km de extensión y 4.070 km de cuenca– surge a gran parte de la población de La Guajira y, como señala el jefe wayúu Jayariyú, es tan inapreciable su valor material y espiritual que no se puede valorar ni estética ni económicamente. La importancia del Ranchería está en que es base de la espiritualidad ancestral, además que, según explica gráficamente el líder Romero, desviar el río Ranchería es como cortarle las venas a la “madre tierra”, porque con él protegen su territorio. En su momento, el ministro del Interior Fernando Carrillo Flórez expresó que el proyecto que afectaba el curso del río Ranchería solo sería viable si se efectuaba el proceso participativo de consulta previa con el pueblo wayúu”.

* Margarita Granados y Liliana Múnera, “No a la desviación del cauce del río Ranchería”. *Ciendías*, 76 (septiembre 2012), 133.
** Véanse sobre el tema los siguientes artículos de prensa fuente del Recuadro: Margarita Granados y Liliana Múnera, “No a la desviación del cauce del río Ranchería”. *Ciendías*, 76 (septiembre 2012); “El Cerrejón aplaza la polémica desviación del río Ranchería”. *Semana*, 8-11-2012; María Victoria Correa, “El proyecto de desviación del Río Ranchería les duele a los guajiros”. *El Colombiano*, 04-11-2012; “ONU: Denuncian impactos extractivos en comunidades Wayuu de Colombia y Venezuela”. *Diplomacia Indígena*, 18-5-2012; “Cerrejón pospone estudios sobre la posible desviación del Río Ranchería”. *El Espectador*, 8-11-2012; y las siguientes obras: R. Marín, *Estadísticas sobre el recurso agua en Colombia* (Bogotá: Ministerio de Agricultura, Ideam, 1992); Tatiana Alfonso, Libia Grueso, Magnolia Prada, Yamile Salinas, en Julieta Lemaitre (comps.), *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio* (Bogotá: Universidad de los Andes, Usaid, 2011).

del régimen subsidiado, decisión que “supone tomar en consideración este distinto modelo económico, a efectos de evitar que, aplicando los parámetros del modelo capitalista, se obligue a personas a aportar al sistema cuando su realidad cultural lo impide”²⁵.

También se declaró ajustado a la Constitución el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, por el cual se exime de prestar el servicio militar a los indígenas “que residan en su territorio y conserven su integridad cultural social y económica”. La Corte afirmó la constitucionalidad de la norma aduciendo que busca preservar la existencia e identidad de las comunidades indígenas. Lo más significativo de la decisión es que no se protege al indígena en cuanto

25 Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2001. M.P. Martha SÁCHICA MÉNDEZ.

Actividad 4

Para reflexionar

Resuma los argumentos de la Corte Constitucional para justificar un trato preferente a los hombres indígenas respecto a la prestación del servicio militar obligatorio. Diga si usted está o no de acuerdo y sustente su opinión.

individuo, sino en tanto se encuentra en un contexto territorial y temporal determinado. En este sentido, la Corte señala lo siguiente: “el mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger *a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas*”²⁶.

Este mismo razonamiento se utilizó en la Sentencia C-394 de 1995, por medio de la cual se declaró constitucional la norma que establece que los indígenas deben ser recluidos en establecimientos carcelarios especiales. En efecto, la Corte reiteró que la norma es constitucional, con la siguiente salvedad:

[...] en cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley²⁷.

La Jurisdicción Especial Indígena

Los pueblos indígenas cuentan con derechos de autogobierno para manejar sus propios asuntos, además de protecciones externas. Junto con la posibilidad de definir



Retrato de Juan Ginés de Sepúlveda.

su forma de organización política y de elegir a sus autoridades, los derechos de autogobierno encuentran en la Jurisdicción Especial Indígena una de sus más importantes expresiones. La posibilidad de que un grupo humano culturalmente diferenciado pueda resolver sus conflictos internos le permite reafirmar el orden simbólico y significativo que se vio quebrantado.

La cuestión está, pues, en determinar los mecanismos de coordinación entre la justicia estatal y la Jurisdicción Especial Indígena. La Corte Constitucional ha definido una serie de reglas de interpretación para resolver los conflictos que han surgido entre las prácticas punitivas indígenas y la protección de los derechos individuales universales. Inicialmente señaló que el límite a la autonomía de las comunidades indígenas lo determinaba la

26 Corte Constitucional. Sentencia C-058 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Énfasis en el original.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo.

Recuadro 4
Mujeres rechazan castigo que impuso la justicia indígena a un violador*

Comunidad pide que actúe la justicia ordinaria contra un paez que abusó de sus hijas.

Un grupo de mujeres campesinas e indígenas de Caldono, norte del Cauca, alzó su voz el sábado *para pedir que un indígena paez [nasa] acusado de violar 5 mujeres, entre ellas tres hijas, sea llevado a la justicia ordinaria, pues consideran que la pena de 5 años de trabajo comunitario, que le dio la justicia indígena, es insuficiente.*

El caso ocurrió en el corregimiento El Pital. El indígena, conocido como “Toño”, de 42 años, es acusado de haber violado a sus tres hijas, de 7, 9 y 14 años, y a dos cuñadas. Una líder de la región dijo que se dieron cuenta el pasado el 24 de julio. “Una tía de los niños me llamó desesperada pidiendo auxilio como a las 11:30 o 12 de la noche, y me dijo que habían violado a la hija de ‘Toño’ y que era el propio papá... A raíz de eso, llevaron la niña al ICBF y allá descubrieron que ese hombre hacía varios meses también estaba violando a las otras niñas, de 7 y 9 años”, cuenta.

Piden que la justicia opere.

La situación fue denunciada ante el resguardo indígena de Las Mercedes. Dora Alicia Nene, cuñada del presunto violador, relató que el pasado 26 de julio, después de una asamblea, el cabildo lo condenó a 20 años y dijo que lo entregarían a la justicia ordinaria. “Pero el primero de agosto hicieron otra asamblea, y cuando subimos no nos dejaron hablar y simplemente nos informaron que lo condenaban no más a 5 años”, dijo.

El argumento de las autoridades indígenas, según la cuñada del indígena, “es que él no representa ningún peligro para la sociedad. Ellos consultaron con los mayores, con los espíritus, y les dijeron que él tenía remedio, y que por eso lo dejaban solo haciendo trabajo comunitario en el resguardo de Las Mercedes”.

Los habitantes dicen que tienen temor de que el hombre esté libre porque en la comunidad hay muchos niños.

Zully Meneses, de La Ruta Pacífica de Mujeres del Cauca, manifestó que “lastimosamente esto no es percibido como un delito y evidenciamos cómo los entes de justicia tradicional no lo ven así, y lo más duro es que la víctima debe demostrar que fue violada y no que ella se lo buscó”.

Agregó que es urgente que los derechos de las mujeres estén por encima de cualquier etnia y sin importar la jurisdicción de justicia que opere.

La Fiscalía ya conoce el caso y está investigando. *El Tiempo* intentó hablar con las autoridades indígenas regionales, pero no fue posible conocer su versión.

* *El Tiempo*, Redacción Popayán, 22-8-2011. (Énfasis en el original)
En línea: http://www.eltiempo.com/justicia/castigo-indigena-a-violador-enoja-a-mujeres_10207265-4

regla de que “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”²⁸. Según la Corte, es necesario distinguir “entre los grupos que conservan sus usos y costumbres –los que deben ser, en principio, respetados–, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República”. La segunda regla definida en esta Sentencia T-254 no

es menos problemática, pues sostiene el carácter trans-cultural de los derechos fundamentales constitucionales y, en consecuencia, su vigencia en todos los espacios sociales: “Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”²⁹.

28 Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994.

Actividad 5

Para reflexionar

Según las creencias de cierta comunidad indígena, la vida persiste después de la muerte física. Por tanto, la pena de muerte no viola la vida ni su esencia.

1. Leído el presente capítulo, ¿cree que la pena de muerte quebranta el derecho a la vida como lo conocemos? Argumente.
2. Conocidos los límites impuestos a la autonomía y autogobierno indígena, ¿cree que Colombia es un país multicultural? En su respuesta mencione al menos tres de dichos límites.

La anterior afirmación fue matizada posteriormente en la Sentencia C-136 de 1996. En este pronunciamiento la Corte reitera claramente que la jurisdicción indígena tiene un límite material: el respeto de los derechos individuales³⁰. Además, empieza a conceder un margen de autonomía más amplio a la jurisdicción indígena, al permitir que las comunidades tipifiquen como delitos ciertas “faltas contra la moral” y declarar inconstitucional la norma que señalaba “la determinación estricta del miembro que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena)”³¹. Un mayor margen de autonomía a estas comunidades lo da la Corte al señalar que el legislador no puede determinar el tipo de sanción que impongan las autoridades indígenas.

Poco a poco, la Corte ha privilegiado la autonomía de los pueblos indígenas sobre la vigencia de todos los derechos individuales fundamentales, estándar que conduciría a la anulación de la diferencia cultural en casi todos los casos: “Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”³².

30 Corte constitucional. Sentencia C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria.

31 Corte constitucional. Sentencia C-139 de 1996.

32 Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996. M.P. Carlos Gaviria.

Actividad 6

Para discutir

Lea el Recuadro 4 y responda.

1. ¿Cuál es su opinión respecto a la pena que las autoridades indígenas impusieron a “Toño”?
2. ¿Considera que la justicia ordinaria debería intervenir en este caso?
3. ¿Obligar a las autoridades indígenas a que impongan a este hombre una pena privativa de la libertad vulneraría el derecho de autogobierno y autodeterminación del pueblo nasa?
Para responder tenga en cuenta que, según la cosmovisión nasa, Toño no representa un peligro para la comunidad y que los guías espirituales estiman que este hombre podría ser tratado y curado a partir del trabajo comunitario.
4. Desacatar la decisión de las autoridades nasas mediante intervención de la justicia ordinaria, ¿sería imponer la cosmovisión de la sociedad mayoritaria sobre la de ese grupo indígena?
5. ¿Cree que las penas privativas de la libertad siempre son la mejor solución?
6. Respecto al caso de Toño, ¿considera que la pena de prisión en un establecimiento carcelario del Estado es mejor?, ¿por qué?
7. ¿Colombia seguiría siendo un Estado multiculturalista si la justicia ordinaria interviniera en este caso y Toño fuera procesado y condenado por un juez penal? En su respuesta, tenga en cuenta lo expuesto en este capítulo.

Con esta regla la Corte resolvió el caso de una acción de tutela interpuesta por un indígena embera-chamí, condenado inicialmente a ocho años de prisión por asesinar a otro miembro de su comunidad. Al asegurar que las restricciones a la potestad jurisdiccional de las comunidades indígenas no estaban contenidas en todas las normas constitucionales y legales, la Corte señaló que dichos límites deben ser “los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados

del hombre”³³, es decir, el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y la esclavitud, que son manifestación de un verdadero consenso intercultural y, por lo mismo, constituyen los mínimos exigibles a cualquier cultura³⁴.

La Corte también estableció que la pena corporal del cepo, tradicionalmente aplicada por la comunidad, no puede considerarse tortura, pues en el contexto cultural indígena no supone aplicar un sufrimiento físico o psicológico excesivo y arbitrario. En el mismo sentido se refirió al derecho de defensa: “los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa”³⁵.

En varias sentencias la Corte ha definido los elementos constitutivos de la Jurisdicción Especial Indígena. En la Sentencia T-496 de 1996 resolvió la acción de tutela interpuesta por una persona que alegaba pertenecer a la comunidad nasa contra el juez penal que la juzgó y condenó por un asesinato cometido por fuera del territorio de dicha comunidad. Al negarse el juez a enviarla para que la enjuiciaran en su comunidad, la persona consideró que le violaban el derecho a la “protección étnica y cultural”. La Corte asegura en su sentencia que cuando la conducta solo es reprochada por el derecho estatal, en principio, las autoridades judiciales son las llamadas a resolver el conflicto, aunque tienen el deber de “determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero”³⁶. Dicho entendimiento se podría derivar del grado de aislamiento o integración de la persona en cuestión respecto de la sociedad mayoritaria. Así, si la persona permanece relativamente aislada e interactúa muy poco con la sociedad mayoritaria, sería considerada como un indígena y, en consecuencia, tendría derecho a ser juzgado por sus propias autoridades. Pero tal privilegio desaparecerá si la persona suele visitar las ciudades colombianas o relacionarse frecuentemente con sus habitantes y prácticas. Según la Corte, si la conducta es sancionada tanto por la comunidad como por el Estado, se presumiría que la persona en cuestión sería capaz de comprender la ilicitud

del comportamiento y, en consecuencia, podría ser juzgada por el Estado. No obstante, señala:

[...] el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos³⁷.

Con mayor claridad este mismo tipo de aproximación es utilizado en la Sentencia T-523 de 1997, en la que se decide que una persona juzgada y condenada por la comunidad nasa por el delito de homicidio no puede reivindicar los derechos fundamentales individuales para controvertir la legitimidad de las autoridades tradicionales. La persona en cuestión aseguraba que se le habían violado el derecho al debido proceso –por no contar con un abogado defensor– y a la integridad física, porque se le condenó a recibir 60 fuetazos. La Corte estableció que la comunidad indígena era competente para juzgar al peticionario, pues a pesar de que este conocía perfectamente los parámetros culturales de la sociedad externa, su participación en los asuntos de la comunidad y su permanencia en ella permitían considerarlo como un indígena en sentido estricto³⁸.

Además de la obligación de respetar los mínimos obligatorios sobre la protección del derecho a la vida y la prohibición de la tortura y la esclavitud como límites al poder interno de las comunidades indígenas, la Corte ha establecido que las limitaciones a los derechos individuales de sus miembros solo se permiten cuando existe un riesgo razonable de desaparición cultural. Así, es posible que las autoridades tradicionales indígenas restrinjan la libertad religiosa de los miembros cuando esta contradice los elementos culturales básicos que caracterizan al pueblo indígena en cuanto tal³⁹.

Finalmente, cabe señalar que para explicar el comportamiento en determinadas circunstancias de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, aunque no solo de ellas, la Corte Constitucional ha respaldado, con aclaraciones, la

33 Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
34 Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
35 Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
36 Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.

37 Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria.
38 Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1997. M.P. Carlos Gaviria.
39 Corte Constitucional. Sentencia SU-510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes.

Actividad 7

Para discutir

Tenga presente lo expuesto en este capítulo y diga si está de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional en el siguiente caso, reseñado en la prensa:

Traspié a evangelización indígena en el país*

La Corte Constitucional cerró ayer el paso a los eventuales excesos en que incurran grupos y asociaciones de misioneros frente a las organizaciones aborígenes en el país. Los misioneros, señaló la corporación, no pueden pretender de ninguna manera que su trabajo sea excluido del control y la estricta vigilancia del Estado. Tampoco, aseguró la Corte, están facultados para adelantar cualquier clase de actividad con las poblaciones indígenas. Su trabajo tiene un límite claro: los preceptos de la Constitución. Es más, dijo la corporación, pretender eludir la vigilancia estatal constituye una amenaza contra la diversidad étnica, la cultura y los derechos fundamentales de las agrupaciones autóctonas. Los misioneros, sin embargo, tienen plena competencia para enseñar labores agrícolas, difundir sus criterios pastorales y adelantar campañas y actividades de salud. Con estos argumentos, la Corte Constitucional, sobre ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, amparó los derechos de una comunidad indígena nómada. La única de su clase en el país.

Los nómadas. Su nombre: los Nukak-Maku. Su ubicación: un extenso territorio comprendido entre los ríos Guaviare e Inírida en el Guaviare. Su procedencia: sólo se tiene noticia de esa agrupación desde 1988, cuando un grupo de 40 hombres salió de la selva. Viven de la caza y de la recolección de frutos. Habitualmente, los indígenas se desplazan en grupos de 10 y 30 individuos. Sus condiciones de vida, sin embargo, son difíciles: su supervivencia está amenazada, por ello acudieron a la tutela.

Según dos peticionarios, la presencia de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia –una organización extranjera y evangélica– en el sitio Laguna Pabón, Guaviare, amenaza los derechos esenciales de la comunidad. En esencia, las prerrogativas de los aborígenes son violadas, según el proceso, porque dicha asociación adelanta tareas de proselitismo religioso, contribuye a la explotación de los recursos naturales al establecer en esa región sus viviendas permanentes.

Ayer, la Corte analizó la situación y concedió la tutela al considerar que los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, de conciencia y las prerrogativas culturales de los aborígenes se encuentran amenazados.

* *El tiempo.com*, Temas del Día, 6-8-1994. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-189941>

aplicación de la teoría de la imputabilidad. Cuando se trata de asuntos en los que una persona que afirma ser indígena se ve involucrada en temas penales, la Corte considera que la persona indígena no conoce la ley ni comprende su sentido y no puede orientar su comportamiento según las normas del Estado nacional. Por tanto, no es responsable jurídicamente de las consecuencias de sus actos⁴⁰.

40 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre.

Consideraciones finales

Aceptar que vivimos en una sociedad culturalmente plural supone reconsiderar el sentido del sistema cultural predominante, que la mayoría de las veces asumimos como natural, universal y exigible a todos los seres humanos. Ninguna cultura debe prevalecer sobre otra, pues no existen criterios que permitan afirmar, de antemano, que una forma de vida culturalmente organizada es mejor que otra. Esto, sin embargo, no supone caer en



Andrés Montoya, Toxicómano.

el relativismo cultural ni tampoco asumir que cualquier tipo de comportamiento o medida debe aceptarse, argumentando que forma parte de la expresión cultural de un pueblo. La clave está en encontrar espacios para llegar a acuerdos mínimos que rijan la convivencia justa

e igualitaria de las personas que viven en Colombia, con sus distintas cosmovisiones y culturas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ocupado ese espacio y en eso radica, precisamente, su importancia y la polémica que a veces suscitan sus interpretaciones y sentencias.

Glosario

Multiculturalismo. Perspectiva filosófica y política que parte del reconocimiento de la igualdad entre culturas y del rechazo a la imposición de una perspectiva cultural sobre las demás. Hace énfasis en la elaboración de criterios, reglas e instituciones políticas y jurídicas que faciliten la aceptación equitativa de las diferentes manifestaciones culturales presentes en una sociedad determinada y su convivencia pacífica y armónica, aun cuando sus prácticas puedan entrar en tensión o conflicto.

Material de apoyo

- “Debate en la María”. Discurso de Aída Quilcué, consejera mayor del Comité Regional Indígena del Cauca, durante el debate realizado en Pien-damó, el 2 de diciembre de 2008, en desarrollo de la Minga de Resistencia Indígena y Popular. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=8e-v5ypoxWL4>
- Canal Justicia. canaljusticia.org. Breves documentos sobre problemáticas de comunidades indígenas en Colombia. En línea: <http://canaljusticia.org/index.php?modo=tipo&tipo=2>
- *El mundo es ancho y ajeno* (Ciro Alegría, 1941). Novela del escritor peruano representativa de la llamada literatura indigenista, que narra los conflictos de la comunidad andina de Rumi, liderada por su alcalde Rosendo Maqui, quien se enfrenta al hacendado don Álvaro Amenábar y Roldán, que les arrebató sus tierras. “Váyanse a otra parte, el mundo es ancho”, les dicen a los comuneros que buscan un nuevo lugar para vivir, pero, aun cuando el mundo es grande, siempre lo encuentran ajeno y extraño.

Referencias bibliográficas

Alfonso, Tatiana; Libia Grueso, Magnolia Prada, Yamile Salinas. *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio*. Julieta Lemaitre (comp.). Bogotá: Universidad de los Andes, Usaid, 2011.

Arboleda, Sergio. *La República en la América española [1869-1871]*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1972.

Ariza, Libardo. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 2009.

Bauman, Zygmunt. "Soil, blood and identity". *The Sociological Review*, 40, núm. 4 (1992): 675-701.

Bolívar, Simón. *Obras completas*. Vol. 1. La Habana: Lex, 1947.

____. *Cartas del Libertador*. T. 1 (1799-1817). Caracas: Banco de Venezuela – Fundación Vicente Lecuna, 1964.

____. *Proclamas y discursos*. Bogotá: Fundación para la Investigación y la Cultura, 2001.

Bonilla, Daniel. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Uniandes - Instituto Pensar, Siglo del Hombre, 2006.

Borah, Woodrow. "¿América como modelo? El efecto demográfico de la expansión europea sobre el mundo no europeo". En Sherburne Cook y Borah Woodrow, *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, 280-289.

Borrero, Camilo. *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: CINEP, Antropos, 2003.

Caro, Miguel A. "La Conquista". En *Obra selecta* [1920]. Carlos Valderrama Andrade (ed.). Bogotá: Biblioteca Ayacucho, 1930, 192-205.

____. *Estudios constitucionales y jurídicos*. Primera serie. Carlos Valderrama (comp.). Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1986.

"Cerrejón pospone estudios sobre la posible desviación del Río Ranchería". *El Espectador*, 8-11-2012. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/articulo-385969-cerrejon-pospone-estudios-sobre-posible-desviacion-del-rio-ranch>

Cook, Sherburne. "Consecuencias demográficas del contacto de europeos con pueblos primitivos". En Sherburne Cook y Borah Woodrow, *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, 9-16.

Correa, María Victoria. "El proyecto de desviación del Río Ranchería les duele a los guajiros". *El Colombiano*, 04-11-2012. En línea: http://www.elcolombiano.com/proyecto_de_desviacion_del_rio_rancheria_les_duele_a_los_guajiros-DGEC_215024

De Sousa Santos, Boaventura. *Towards a New Common Sense*. Nueva York: Routledge, 1995.

____. *De la mano de Alicia*. Bogotá: Universidad de Los Andes - Siglo del Hombre, 1998.

____. "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos". *El Otro Derecho*, 28 (2002): 59-85.

____. *La caída del Ángel Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003.

Escobar, Arturo. *El final del salvaje: Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*. Bogotá: ICAN-CEREC, 1999.

Hoekema, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario". *El Otro Derecho*, 26-27 (2002): 63-98.

Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, 2009.

Marín, Rodrigo. *Estadísticas sobre el recurso agua en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Agricultura, Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras - IDEAM, 1992.

O'Gorman, Edmundo. *La invención de América*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

"ONU: Denuncian impactos extractivos en comunidades Wayuu de Colombia y Venezuela". Diplomacia Indígena, 18-5-2012. En línea: <http://www.diplomaciaindigena.org/2012/05/onu-denuncian-impactos-extractivos-en-comunidades-wayuu-de-colombia-y-venezuela-2/>

Panikkar, Raimundo. "Is the notion of Human Rights a Western Concept?" *Diogenes*, 120 (1982): 75-102.

Pérez, Pedro. *América Latina y el colonialismo europeo, siglos XVI-XVIII*. Madrid: Síntesis, 1992.

Purvis, Trevor y Alan Hunt. "Identity versus citizenship: Transformations in the discourses and practices of citizenships". *Social & Legal Studies*, 8, núm. 4 (1999): 457-482.

Rodríguez, César A. *Más allá del desplazamiento*. Bogotá: Universidad de los Andes - Estudios CIJUS, 2011.

____ (dir.). *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado*. Bogotá: Universidad de los Andes - Programa de Justicia Global, 2009.

Rodríguez, César A. y Luis Carlos Arenas. "Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia". En Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*. España: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana - Cuajimalpa, 2007, 217-239.

Sánchez, Esther e Isabel Jaramillo. *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000.

Stavenhagen, Rodolfo. "Indigenous Peoples and the State in Latin America". En Rachel Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin America*. Hampshire: Macmillan, 2002, 24 -44.

Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

____. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós, 1994.

Todorov, Tzvetan. *La Conquista de América. El problema del Otro*. México: Siglo XXI, 1989.

Wade, Peter. "The guardians of power: Biodiversity and multiculturalism in Colombia". En Angela Cheater (ed.), *The Anthropology of Power*. Londres: Routledge, 1999, 73-87.

Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar

Helena Alviar García

Estado **pobreza** *salud*
 Recursos *intervencionismo*
 igualdad **Liberalismo**
derechos *Agua*
vivienda
 electricidad educación



Objetivos de aprendizaje

- Identificar las diferencias entre el Estado liberal clásico y el Estado de bienestar, en el debate que se ha dado en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), e identificar los actores relevantes que han defendido las distintas posturas.
- Identificar las diferentes posiciones frente a la actuación de los jueces en la defensa de los DESC.
- Desarrollar las distintas concepciones de Estado Social de Derecho estudiadas en casos prácticos.



Guía de estudio

¿Debe el Estado liderar la redistribución de recursos y garantizar de manera directa los requisitos mínimos de una vida digna –salud, alimentación, educación, vivienda y recreación, entre otros– o, por el contrario, debe el Estado limitarse a ayudar a los individuos para que entren al mercado en igualdad de condiciones? Las respuestas a estas preguntas varían de acuerdo con nuestra perspectiva política. Para los liberales clásicos, el Estado únicamente debe garantizar los derechos relacionados con la libertad y la igualdad ante la ley. Para los liberales intervencionistas, esas garantías no son suficientes, pues el Estado debe preocuparse también por la protección de otros derechos relacionados con el bienestar material de la población, llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En este capítulo examinaremos no solo el contenido de los DESC, sino el debate sobre el papel que deben jugar los jueces en su defensa. Para terminar, se dan algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional sobre DESC.

Introducción

El 30 de agosto de 2009, el periódico *El Tiempo* publicó una noticia titulada: “Los Aroca, una familia que vive con 400 mil pesos”¹. El artículo describe las dificultades que enfrenta a diario esta familia de cinco integrantes para pagar una habitación, comida y servicios. De los \$400.000 que se ganan mensualmente, más de la mitad la destinan al pago del arriendo y servicios públicos, lo que les deja más o menos \$100.000 para todo lo demás (comida, pañales, remedios, recreación). El artículo señala que los Aroca forman parte de los más de siete millones de colombianos que viven en situación de indigencia según los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP)².

La mayoría de las personas estaríamos de acuerdo con que las condiciones de vida de los Aroca y los más de siete millones de colombianos que los acompañan son inaceptables. Sin embargo, en lo que muchos diferimos es en el papel que juega el Estado en la solución a este problema. ¿Debe el Estado liderar la redistribución de recursos y garantizar de manera directa los requisitos mínimos de una vida digna –salud, alimentación, educación, vivienda y recreación, entre otros– o, por el contrario, debe el Estado limitarse a ayudar a los individuos para que entren al mercado en igualdad de condiciones? Las respuestas a estas preguntas varían de acuerdo con nuestra perspectiva política.



Jaime Pérez Munévar.

1 “Los Aroca, una familia que vive con 400 mil pesos”, *El Tiempo*, 30-8-2009. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5973648>

2 Según el DNP, para el año 2010, en el que se presentó un cambio metodológico en la medición de estos datos, la pobreza monetaria de la población fue de 40,2%, la pobreza extrema fue de 14,4% y la pobreza multidimensional de 31%. Las cifras del año 2009 indicaban que la pobreza monetaria era del 40,2%, la pobreza monetaria extrema del 14,4%. DNP. *Boletín de Prensa*, 26-8-2011. En línea: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=yEIfkuUI5co%3D&tabid=1157>

Para los liberales clásicos, el Estado únicamente debe garantizar los derechos relacionados con la libertad y la igualdad ante la ley. Es decir, los derechos civiles y políticos, como la libertad de opinión, de asociación, de conciencia, de expresión, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de participar en política. Estos derechos son los que permiten que el individuo tenga las mismas oportunidades que otros y que pueda emprender sus iniciativas sin ninguna restricción.

De otra parte, para los liberales intervencionistas esas garantías no son suficientes. El Estado, más allá de buscar la protección de los derechos reconocidos como civiles o políticos –en los que se busca la protección de la libertad e igualdad ante la ley–, debe preocuparse también por la protección de otros derechos relacionados con el bienestar material de la población³. Para esto es necesario que el Estado se ocupe de la distribución de los recursos liderando el acceso a la educación, la salud y la vivienda digna, entre otros. Este segundo grupo de derechos se conoce como derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Dentro del liberalismo intervencionista el debate se centra en las preguntas: ¿qué tanto debe el Estado garantizar el acceso a estos bienes?, ¿se trata de garantizar un mínimo para las personas más pobres o de garantizar la prestación de buena calidad a toda la población? La particularidad del Estado intervencionista, o benefactor, consiste en la garantía de unos bienes y servicios a los cuales tienen derecho todos los ciudadanos. Esto implica que el Estado debe garantizar a sus miembros los derechos que los protejan de la miseria y el sufrimiento que esta causa. Los bienes y servicios que el Estado garantiza apuntan al mantenimiento de un mínimo nivel de vida, independientemente de las fluctuaciones del empleo y del mercado en general. A la posibilidad de acceder o no a este tipo de bienes, como salud, educación, trabajo y vivienda, se le reconoce como derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Adicionalmente, existe un debate entre liberalismo clásico y liberalismo intervencionista acerca de cuáles son los derechos que los ciudadanos pueden pedir directamente a un juez. Es decir, cuáles derechos son justiciables.

3 Para una mayor explicación de las dos posiciones véase en este libro el capítulo 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado”, por Helena Alviar García.

Actividad 1

Para reflexionar

Teniendo en cuenta lo anterior, conteste:

1. ¿Qué respuesta cree que encontrarían los Aroca en un Estado liberal clásico?
2. ¿Cuál sería la respuesta si se encontrarán en un Estado liberal intervencionista?

Para los liberales clásicos, los DESC no son exigibles ante un juez y, por tanto, no son justiciables. En cambio, son aspiraciones sujetas a la disponibilidad presupuestal. Algunos (no todos) liberales intervencionistas piensan que un juez puede ordenar a la Rama Ejecutiva el deber de garantizar los DESC de un individuo. En este capítulo examinaremos el contenido de los DESC, así como el debate sobre el papel que deben jugar los jueces en su defensa. Históricamente, en las democracias constitucionales occidentales ha prevalecido la interpretación según la cual los derechos civiles y políticos son de aplicación inmediata, mientras que los DESC son aspiraciones constitucionales que deben ser incluidas en políticas públicas, pero no son exigibles por medio de una acción judicial.

En Colombia, el debate se centra en qué es lo “fundamental” de los DESC. En el artículo 86 de la Constitución se establece que solo los derechos fundamentales son justiciables de forma directa, lo cual quiere decir que son susceptibles de ser protegidos a través de una acción de tutela⁴. De acuerdo con lo anterior, muchos economistas han defendido la idea de que los DESC no son fundamentales ni exigibles a través de la tutela, pues para ellos estos dependen de la disponibilidad presupuestal. Es decir, son de carácter progresivo⁵. Esto significa que la

4 De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela solo se puede utilizar para proteger derechos fundamentales: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

5 Para una posición distinta sobre la sostenibilidad fiscal véase en este libro el capítulo 21 “Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991”, por Hernán Vallejo. Véanse, además, Julieta Rossi y Víctor Abramovich, “La tutela de los derechos económicos,

satisfacción de los DESC es gradual y creciente, solo en la medida de las posibilidades de cada Estado. En esta dirección, no existe un mandato para la satisfacción inmediata de estos derechos. Bajo esta misma perspectiva, los jueces no tienen la competencia ni los conocimientos técnicos para que sus decisiones interfieran en la economía del país y, por el contrario, hacerlo puede traer graves consecuencias para la estabilidad económica de una nación. Sin embargo, esta no ha sido la posición de la Corte Constitucional, que, como veremos, en muchas ocasiones ha ordenado gastos para proteger los DESC de las personas a través de su función de revisión de tutelas.

En 2011, la Constitución Política fue reformada por el Acto Legislativo 03 de 2011, por medio del cual se afirma que el gasto social debe subordinarse a la disponibilidad del presupuesto. Este se llama el principio de sostenibilidad fiscal. Así, la Constitución establece en su artículo 334 que:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

En ese mismo año se expidió la Ley 1473 de 2011, la cual desarrolla la regla de sostenibilidad fiscal que establece: “El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido”⁶. Esta ley surgió de un debate

sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (2007): 34-53; y Víctor Abramovich y Christian Courtiss, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: Del Puerto/CELS, 1997), 283-350. En línea: http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf.

6 Ley 1473 de 2011 (art. 5).

Actividad 2

Para reflexionar

1. ¿Considera que la protección de los DESC o de los derechos civiles y políticos debe someterse a la sostenibilidad fiscal?
2. ¿Cómo afecta su respuesta la justiciabilidad de unos y otros?

Argumente una posición, dé cuenta del argumento contrario y refútelo.

entre abogados y economistas, donde los primeros manifestaron su oposición al principio de sostenibilidad fiscal, argumentando que con este los fallos de los jueces podían verse limitados, lo que afectaba la protección de los derechos constitucionales, en especial de los DESC⁷.

Quienes defienden la justiciabilidad de los DESC consideran que su protección no puede limitarse a un problema de gasto. Argumentan que todos los derechos, incluyendo la garantía de las libertades civiles y políticas, generan gasto público. Por ejemplo, es muy costoso garantizar unas elecciones libres, la libertad de transitar por el territorio nacional o la protección de la propiedad privada. Así pues, sostienen que es cuestionable el hecho de que los derechos civiles y políticos gocen de una categoría diferente que la de los DESC y sean justiciables, mientras que los segundos no.

Esta diferencia entre ambos derechos se presenta a menudo como derechos de primera generación (civiles y políticos) y derechos de segunda generación (DESC), creando una condición jerárquica entre unos y otros. Los defensores de los DESC argumentan que la protección por parte del Estado de la vida digna implica necesariamente garantizar unos mínimos en materia de nutrición, educación y salud. Esto lo sustentan desde la definición constitucional de Colombia como un Estado Social de

7 Andrés Fernández, “Sobre el debate en torno a la sostenibilidad fiscal”. La Silla Vacía, 1-6-2015; Rodolfo Arango, “Gasto público y derechos fundamentales”. *El Espectador*, Opinión, 28-4-2011. En línea, respectivamente: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blogoeconomia/23778/sobre-el-debate-en-torno-la-sostenibilidad-fiscal>; <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>

Derecho organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, “fundada en la prevalencia del interés general y el respeto a la dignidad humana”⁸.

La Corte Constitucional asumió la posición de que los DESC son derechos justiciables que merecen respeto. Para poderlo hacer efectivo y material, esta institución le dio alcance y contenido al concepto de “dignidad”. Este puede ser comprendido en dos ámbitos globales, constituidos por tres elementos interrelacionados. El primer ámbito se refiere a la dignidad como principio y derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico: “(i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”⁹. En el segundo ámbito la dignidad se define de forma concreta para establecer cuándo es objeto de protección. En este sentido la Corte considera que la dignidad es un derecho protegido por cuanto incluye tres aspectos: libertad –poder vivir como se quiere–, garantía de condiciones mínimas de existencia –poder vivir bien– y emocional –vivir sin humillaciones–. En palabras de la Corte:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)¹⁰.

El problema de la justiciabilidad de los DESC concierne a la preocupación por la pobreza como violación de la dignidad, en particular en su aspecto de poder vivir bien. Supongamos que una familia vive con 400 mil pesos mensuales: ¿se le están violando los derechos fundamentales? Algunos contestarían con un no rotundo¹¹. Estas

personas consideran que, en principio, ninguna institución pública o privada les está limitando a los Aroca los derechos consagrados como fundamentales y determinados en el primer capítulo del título primero de la Constitución Política de 1991. Aunque es cierto que los Aroca no tienen una vivienda digna, no pueden alimentarse de manera adecuada, tienen un acceso errático y marginal a la salud y a la recreación, no tendrán cómo pensionarse en la vejez ni sus hijos podrán asistir a instituciones de educación superior, ninguna de estas situaciones constituye una violación de un derecho fundamental consagrado en la Constitución. Según esta postura, el hecho de no tener acceso a la vivienda digna, la educación, la seguridad social, la salud, la recreación, puede que constituya un incumplimiento de los DESC consagrados en la Constitución, pero tales derechos no son *justiciables*. Es decir, no pueden someterse a la acción de tribunales de justicia para ser conferidos por un juez. En este marco de ideas, estos derechos son metas hacia las cuales debe dirigirse el Estado, pero en ningún caso constituyen obligaciones concretas del Estado¹².

Para otros, entre ellos la Corte Constitucional en ejercicio de su interpretación del texto constitucional, los DESC no son simples objetivos, sino obligaciones en cabeza del Estado que deben cumplirse. Sin embargo, son unas obligaciones limitadas y solo aplican en casos de extrema urgencia. La manera como estos derechos se convierten en obligaciones en cabeza del Estado está relacionada con múltiples sentencias que la Corte ha producido en sus 20 años de jurisprudencia.

Práctica judicial

En la siguiente sección se hace un resumen de algunas de las sentencias más representativas que desdibujan la separación entre derechos fundamentales y DESC. El primer grupo de sentencias vincula los DESC a cierto contenido mínimo que las ramas Ejecutiva y Legislativa del poder público deben garantizar. En el caso aquí resumido, la Corte considera contrario a la Constitución que la

8 Constitución Política de Colombia, Título I. De los principios fundamentales (art. 1).

9 “Principio de dignidad humana-naturaleza”. Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

11 Por ejemplo, en el año 2002, el gobierno del expresidente Uribe intentó reformar la acción de tutela para que solo pudiera ser usada para proteger “los derechos fundamentales de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución”. Véase el Proyecto de Acto

Legislativo 10 de 2002 Senado, “por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia”. *Gaceta del Congreso*, 458 (2002).

12 Albie Sachs, “Enforcement of Social and Economic Rights”. *American University International Law Review*, 22, núm. 5 (2007): 673, 691-692.



David Lima Díez.

pasividad del Estado termine por restarles eficacia a los derechos de las personas. Así, por ejemplo, la Corte encontró que la falta de construcción de un alcantarillado era, efectivamente, un atentado contra la vida y la integridad de las personas¹³.

El segundo grupo de sentencias muestra cómo la Corte Constitucional ha exigido acciones concretas para garantizar los DESC por conexidad con los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte no se ha limitado solamente a extender el conjunto de derechos justiciables –por su conexión íntima con la concepción de una vida digna dentro de un Estado Social de Derecho–, sino que ha exigido acciones concretas de las autoridades para que estos derechos no sean simples promesas incumplidas u objetivos de papel. El caso de la población desplazada¹⁴ evidencia la disposición de la Corte para exigir del Estado acciones estructurales que permitan superar la violación masiva de los DESC. Finalmente, el tercer grupo de sentencias muestra que la Corte ha establecido ciertos grupos de personas que requieren una protección especial por su vulnerabilidad, como los niños¹⁵.

Conexidad con derechos fundamentales: el caso de las alcantarillas destapadas

La Sentencia T-406 de 1992 sirve como ejemplo para entender cómo, en su primer año de funcionamiento, la Corte abrió el espacio a la exigibilidad de los DESC por medio de la acción de tutela. En esta sentencia se vincula el concepto de dignidad humana a los DESC. Para resolver el caso, la Corte Constitucional determinó que cierto contenido mínimo de los DESC sería exigible ante los jueces. La Corte sostuvo que un DESC sería exigible cuando su desconocimiento también conllevara la vulneración de los derechos fundamentales como el que se tiene a la vida o a la dignidad humana. Es necesaria una “satisfacción mínima” de los DESC que permita a las personas una vida digna. Es lo que actuó respecto del “Caso del alcantarillado de Cartagena”, descrito enseguida.

Caso del alcantarillado de Cartagena. Sentencia T-406 de 1992: En 1991 las Empresas Públicas de Cartagena iniciaron la construcción del sistema de alcantarillado para el barrio Vista Hermosa. Un año después se puso en funcionamiento el sistema sin haber concluido su construcción. Esto causó el desborde de las aguas negras en el barrio. El señor Rodríguez, quien vivía al frente de la obra, presentó una acción de tutela para la protección del derecho a la salubridad pública. Esta tutela fue negada por los jueces de primera y segunda instancia. Ellos afirmaron que dicha acción únicamente podía ser usada para proteger los derechos contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución –derechos fundamentales–. La Corte Constitucional estuvo en desacuerdo y decidió proteger los derechos del señor Rodríguez y los de los demás habitantes del barrio.

Para la Corte, el hecho de que la Constitución haya establecido que Colombia es un Estado Social de Derecho conlleva el deber de intervenir para mejorar las condiciones de vida de las personas. La Corte consideró que una “mínima satisfacción” de los DESC es la “condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos”. La Corte explicó que “sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia o, en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto de la dignidad humana, en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en la Constitución, se reducirá a un mero e inocuo formalismo”.

13 “Caso del alcantarillado de Cartagena”. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

14 Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

15 Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Actividad 3

Para investigar

La Corte Constitucional, entre otros casos, ha protegido los DESC de la población reclusa* con el argumento de que se trata de poblaciones vulnerables que merecen una especial protección. Haga una breve investigación sobre este caso y considere los argumentos presentados por la Corte.

1. ¿Cree que en el caso particular de los reclusos el Estado debe garantizar la vivienda digna, la comida, la salud, el trabajo y la educación?
2. ¿Cree que en este caso podría el gobierno argumentar que no tiene dinero para cumplir con estas obligaciones y que se guía por el principio de sostenibilidad fiscal?

Sustente a partir del debate sobre la justiciabilidad de los DESC.

* Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte sostuvo que los derechos fundamentales no se limitan a los que están contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución. Por el contrario, una serie de criterios deben ser usados para determinar si, en un caso concreto, un derecho es susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela. En este caso, la Corte afirmó que “el derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos aquellos en situación de desigualdad), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela”.

Órdenes a las ramas del poder público: el caso de los desplazados

En varios casos, como el anterior, se evidencia cómo la Corte ordena al Estado llevar a cabo acciones positivas, que normalmente implican el gasto de recursos públicos para garantizar los DESC. En el caso del alcantarillado de Cartagena, la Corte ordenó la terminación del proyecto de alcantarillado que la alcaldía había dejado inconcluso.

Sin embargo, hay casos en los que la Corte ha tomado determinaciones de mayor alcance. Este es el caso de la población desplazada (Sentencia T-025 de 2004), en el que la Corte declaró un “estado de cosas inconstitucional” y ordenó al gobierno que llevara a cabo un conjunto de acciones de diversa índole –desarrolladas por parte de distintas agencias gubernamentales– para superar esa situación.

Población desplazada. Sentencia T-025 de 2004: En 2008, de acuerdo con las cifras publicadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el desplazamiento forzado alcanzaba tres millones de personas¹⁶. A su vez, el 92% de la población desplazada presentaba las necesidades básicas insatisfechas y el 80% se encontraba en situación de indigencia. De esta forma, Colombia se convirtió en el país del mundo con mayor número de desplazados por la violencia. Desde entonces, ha venido enfrentando una crisis humanitaria de enormes proporciones.

Cuatro años atrás, en enero de 2004, la Corte Constitucional había proferido la Sentencia T-025 a partir de la revisión de 109 acciones de tutela presentadas por más de 4.000 desplazados de todas las regiones del país, en su mayoría mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, menores e indígenas. Las personas habían denunciado el incumplimiento de la obligación estatal

Actividad 4

Para reflexionar

A partir del Recuadro 1, desarrolle el ejercicio. Usted es un asesor del alcalde de Barranquilla y él le solicita que haga un documento en el que desarrolle dos puntos:

1. Explique, a partir de la Sentencia T-406 de 1992 las razones por las cuales la alcaldía debe cumplir con lo exigido por la Corte Constitucional.
2. Exponga las razones para decir que, por el contrario, la alcaldía no está en la obligación de terminar la obra.

¹⁶ ACNUR, *Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y los refugiados colombianos*. Ginebra, 2002. En línea: <http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/1.pdf?view=1>

Recuadro 1

“Obras en La Chinita están incompletas”: residentes del sector*

Las obras de canalización del arroyo que lleva afectando por más de 37 años al barrio La Chinita siguen siendo foco de insatisfacción para algunos vecinos. En marzo del año pasado, el exalcalde Alejandro Char prometió a los habitantes de esta zona la canalización de este arroyo que afecta la salud, el medio ambiente y que, incluso, ha destruido viviendas. Gonzalo Baute, gerente del Foro Hídrico, asegura que la obra está totalmente finalizada en el tramo comprendido entre la calle 17 hasta la 5A. Sin embargo, Iniver Simanca, quien reside en la calle 9 No. 11-03, manifiesta estar indignado por el mal estado de la obra. “Ya estamos cansados de que nos ignoren, de las mismas promesas de siempre, necesitamos respuestas y soluciones por parte del Distrito”, dijo el habitante de este sector. Según Simanca, su casa se ha visto muy afectada por las lluvias y el arroyo, y cuenta que desde el año 2010 le prometieron la reubicación de su vivienda, pero las promesas de la entrega de nuevas casas se han quedado solo en palabras. Además, asegura que desde hace un mes le retiraron los arriendos que le estaba pagando el Fondo de adaptación.

Por su parte, Gonzalo Baute afirma que no conoce el caso del señor Simanca y explica que muchas personas tienen viviendas ilegales que se ubican cerca del arroyo y que el cauce natural de este es el que afecta las viviendas mal ubicadas, pero que este tema le compete –asegura Baute– a la oficina de Prevención y Atención de Desastres y Gestión del Riesgo. Otros habitantes del barrio como Iniver alegan que a las obras de canalización y limpieza del arroyo les hace falta detalles importantes, como barandas protectoras, puentes peatonales, alumbrado público y los 15 metros prometidos de arborización alrededor del arroyo. Incluso, señalan que hay bocacalles que no están protegidas y los residentes de la zona temen que sucedan accidentes que conlleven a (sic) que alguna persona o un carro caiga al arroyo. Asimismo, denuncian que han tratado de contactar al contratista de esta obra, Carlos Vengal, y no han tenido respuesta por parte de él.

* *El Herald*, Local, 9-9-2012. En línea: <http://elheraldo.co/local/obras-en-la-chinita-estan-incompletas-residentes-del-sector-81181>

de protección a la población desplazada –a pesar de la existencia de una ley que ordenaba medidas a favor de esta y establecía un Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD)¹⁷, y la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.

El fallo de la Corte declaró la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” con respecto a la población desplazada, al considerar que existía una violación simultánea e integral de los derechos civiles y políticos, de los DESC y de las normas de derecho internacional humanitario, de tal magnitud, que constituía un problema estructural producto de la ineficiencia en la actuación de las autoridades que conforman el SNAIPD.

17 Se trataba de la Ley 387 de 1997, “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, la protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos en la República de Colombia”.



Andrés Monroy Gómez.

Recuadro 2
Gobierno rinde hoy cuentas sobre atención a población desplazada*

El Gobierno Nacional reconocerá hoy ante la Corte Constitucional que el problema del desplazamiento es grave, especialmente en lo que respecta a la generación de ingresos y adjudicación de tierras, pero también dirá que ha realizado avances para lograr coberturas en las áreas de salud, educación y vivienda.

En esa reunión, el Gobierno afirmará en su informe que en los tres años que van de esta administración, se ha invertido en atención a los desplazados lo mismo que cuantificaron los tres gobiernos anteriores. Indicará que solo en los años 2005 y 2006 invertirá cerca de un billón de pesos, el equivalente a lo que se aportó en diez años para solucionar ese problema. En esa audiencia de cumplimiento intervendrá el alto consejero presidencial para la Acción Social, Luis Alfonso Hoyos, quien señalará que se crearon 278 mil cupos educativos para los niños desplazados, que alrededor de 750.000 desarraigados aparecen registrados en el Sisben y que en el 2004 se invirtieron 100 mil millones de pesos para darle vivienda a esa franja de la población, en tanto que en el 2005 esa cifra se estima en 40 mil millones.

El ministro del Interior, en calidad de encargado, Mario Iguarán, comentará que en lo que va corrido del 2005 se han atendido, evaluado y valorado 19 informes de riesgo y dos alertas tempranas. También manifestará que se han efectuado cinco consejos de seguridad, nueve acciones humanitarias, 21 acciones de fuerza pública y siete acciones de control de orden público. En esa audiencia también intervendrán el Secretario General de la Presidencia, el director de Planeación, los ministros de Hacienda, de Defensa, de Protección Social, del Medio Ambiente, de Agricultura y de Educación, lo mismo que los directores de Bienestar Familiar y el Sena, entre otros, quienes tendrán en total 55 minutos para rendir sus informes y cinco para responder las inquietudes que les sean planteadas por el Procurador General y Defensor del Pueblo. También participarán entidades no oficiales, que han sido críticas frente a las políticas que el Gobierno Nacional ha diseñado para atender a los desplazados.

* *El Tiempo*, Temas del Día, 29-7-2005. En línea: <http://www.el-tiempo.com/archivo/documento/MAM-1634530>



Hernán de Jesús Jaramillo Ramírez

De esta forma, en la sentencia se establece que, como consecuencia de la incapacidad institucional para proteger a la población desplazada, por acción o por omisión, efectivamente se estaban vulnerando los derechos de la población desplazada al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo, a la vivienda digna, a la salud y al acceso a la educación, entre otros. La Corte concluyó que el Estado había actuado de manera inadecuada tanto en el diseño como en la implementación y seguimiento de las políticas públicas para hacer frente a la situación de desplazamiento forzado y como consecuencia había contribuido de manera significativa al desconocimiento de los derechos fundamentales de los desplazados.

En esta sentencia, la Corte Constitucional profirió dos tipos de mandatos para la Rama Ejecutiva. En primer lugar, las órdenes simples, destinadas a resolver las peticiones concretas de las personas que habían interpuesto las tutelas revisadas; en segundo lugar, unas órdenes de ejecución compleja, dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada. La finalidad de estas consistía en que las autoridades encargadas de atender a esta población tomaran las medidas correctivas necesarias para solucionar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de incapacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

DESC para sujetos de especial protección: el caso de las vacunas

La Corte ha tenido en cuenta en sus sentencias a personas de especial protección¹⁸. En la Sentencia SU-225 de 1998 la Corte sostuvo que los niños –por ser sujetos de protección especial y tener derechos garantizados expresamente por el artículo 44 de la Constitución– son titulares de un derecho a la salud como derecho fundamental exigible de manera inmediata, en un momento en el cual el derecho a la salud aún se consideraba un derecho social que no podía ser exigible de inmediato.

¹⁸ Se entiende como sujetos de especial protección aquellos que por su situación de vulnerabilidad requieren de ciertas medidas que garanticen una mayor protección por parte del Estado. Dentro de este grupo de personas encontramos a menores de edad, individuos de tercera edad y personas afectadas por el desplazamiento forzado.

Actividad 5

Para reflexionar

Después de leer con atención la nota de prensa del Recuadro 2, responda:

1. ¿Considera que un juez como la Corte Constitucional puede dar este tipo de órdenes al ejecutivo? ¿Por qué sí o por qué no?
2. ¿Considera que la Corte, antes de emitir las órdenes, debió haber analizado el presupuesto nacional? Justifique su respuesta.
3. A la luz de la noticia y la sentencia, ¿es posible afirmar que el gobierno está cumpliendo las órdenes emitidas por la Corte Constitucional? Justifique su respuesta.
4. Con base en la noticia, enumere los inconvenientes que enfrenta el gobierno para cumplir las órdenes. Tenga en cuenta sus respuestas a las preguntas 1 y 2.

Derecho de los niños a la salud: Sentencia SU-225 de 1998: Elsy Nydia Páez, una madre comunitaria de Puente Aranda en Bogotá, inició el proceso. Cada vez que alguno de los niños que se encontraba bajo su cuidado tenía fiebre, náuseas o vómito temía que pudiera estar enfermo de meningitis. De los menores que a diario permanecían en su hogar, casi ninguno se encontraba vacunado contra esa enfermedad¹⁹. Por intermedio de Fundepúblico, Elsy Nydia y otros 417 padres de familia y madres comunitarias de Puente Aranda –en nombre y representación de sus hijos menores de edad– interpusieron una acción de tutela en contra de la Secretaría de Salud de Bogotá y del Ministerio de Salud, por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social de sus hijos, al negarse a suministrarle la vacuna contra la meningitis en forma gratuita. Los ciudadanos, en su mayoría madres cabeza de familia y trabajadores del sector informal, manifestaron no estar afiliados al sistema de seguridad social y no contar con los recursos económicos suficientes para sufragar los servicios en salud requeridos por sus hijos.

¹⁹ “La vacunación es obligatoria”. *El Tiempo*, Temas del Día, 21-5-1998. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757608>.

Este caso fue revisado por la Corte Constitucional, quien por medio de la Sentencia SU-225 de 1998 acogió los reclamos, al considerar que los derechos fundamentales de estos niños a la vida, la salud y la seguridad social estaban siendo desconocidos, y ordenó a las entidades demandadas realizar jornadas masivas de vacunación gratuita contra el virus responsable de la meningitis.

En relación con la naturaleza jurídica de los derechos de los niños, la Corte sostuvo que el artículo 44 de la Constitución no solo confiere a los menores un conjunto de derechos fundamentales que no se le reconocen a otros sujetos de derecho, sino que además establece la prevalencia de dichos derechos sobre los de los demás. Dentro de los derechos fundamentales de los niños consagrados por la Constitución se encuentran, junto con los derechos a la vida y a la integridad física, los DESC: derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación y a la recreación. En este orden de ideas, estos derechos, a pesar de ser fundamentales, tienen un claro componente prestacional que impediría al juez de tutela ordenar al Ejecutivo la asignación de recursos para la garantía de los mismos. Estos, en principio, deberían garantizarse por medio de políticas públicas definidas por los órganos competentes.

Para solucionar esta contradicción, la Corte sostuvo que la regla general acerca de la no justiciabilidad de los DESC no le puede ser aplicada a los derechos que, aun cuando tienen un carácter claramente prestacional, son considerados fundamentales por expreso mandato constitucional. En este sentido, una interpretación sistemática y armónica de los preceptos constitucionales supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional cuentan con un doble contenido. Por una parte, un núcleo esencial mínimo que otorga al titular derechos subjetivos directamente exigibles a través de la acción de tutela. Por otra parte, un conjunto adicional de prerrogativas que debe ser definido por los órganos políticos correspondientes, con base en la disponibilidad presupuestal y las prioridades coyunturales. De esta forma, el juez constitucional se encuentra facultado para ordenar la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional de los menores, sin desconocer la separación de poderes.

En segundo lugar, en virtud del principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, el legislador se encuentra en

Recuadro 3 Sentencia T-890 de 2009*

Los hechos: La señora Sandra Mayorga instauró una acción de tutela contra Coomeva, por considerar que esta vulnera sus derechos a la salud en conexión con la vida y la dignidad humana.

Ella fue diagnosticada con una *endometriosis severa y miomatosis uterina*, y para contrarrestar la infertilidad que la aqueja, su ginecólogo particular le ordenó un tratamiento quirúrgico denominado video laparoscopia operativa. La señora solicitó el tratamiento quirúrgico a Coomeva, pero esta entidad se negó a autorizarlo porque se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Ella arguye que al negársele la autorización de la cirugía y del tratamiento que requiere, se pone en riesgo su sueño de conformar una familia, ya que padece de problemas de fertilidad que tienen su origen en la *endometriosis severa* y en la *miomatosis uterina* que afecta su órgano reproductor y su capacidad de quedar embarazada.

Lo dicho por la Corte: Para resolver el caso, la Corte se plantea el siguiente problema jurídico: ¿desconoce una EPS los derechos a la vida y a la salud de una afiliada, así como su derecho a ser madre, al negarse a autorizar un procedimiento quirúrgico denominado laparoscopia operatoria que busca tratar el problema de infertilidad secundaria que aquella padece, alegando que los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo? La Corte afirma que en principio el derecho a la salud es un derecho prestacional y que solo cuando la vida, como núcleo esencial de la salud, se ve amenazada o vulnerada esta adquiere la condición de *derecho fundamental*. En esta última situación, la acción de tutela se torna idónea para proteger el núcleo esencial en forma inmediata. En esta medida, la Corte reitera que lastimosamente en Colombia la escasez de recursos implica una determinación clara de prioridades en materia de gasto público y social, elementos indispensables para hacer efectivo un derecho de naturaleza prestacional.

* M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Además de lo anterior, el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud establece en su literal c) que los tratamientos para la infertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo en cumplimiento de los principios de universalidad, equidad y eficacia enunciados en la Ley 100 de 1993. Dicha exclusión encuentra su justificación en que los tratamientos para la esterilidad son muy costosos y, por regla general, no pueden ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud por cuanto afectarían el equilibrio financiero que lo rige.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido ciertos casos excepcionales en los cuales procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad por existir riesgo en la salud, integridad o vida de la paciente, a saber; a) cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; b) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; c) cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y, de paso, ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente.

Sin embargo, en los tres casos excepcionales que se han mencionado, la acción de tutela resulta procedente siempre que la persona requiera con necesidad un procedimiento, examen o medicamento y no tenga capacidad económica alguna para asumirlo, caso en el cual la EPS deberá atender de manera integral al paciente, independientemente de si se encuentra el tratamiento médico incluido o no en el POS.

Frente al caso en concreto, revela la Corte que la video laparoscopia operativa que fue ordenada a la señora Sandra Mayorga busca tratar la endometriosis que, si bien se encuentra asociada en un alto porcentaje a problemas de fertilidad, produce también otro tipo de dolencias, como el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo menstrual, fuertes hemorragias

e incluso la miomatosis uterina múltiple que tanto la aqueja. Tales enfermedades no pueden exclusivamente relacionarse con la infertilidad, sino que la infertilidad puede ser la consecuencia directa de aquellas, pero no la única, al punto que esas afecciones inciden negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos.

En consecuencia, la especial situación fáctica que presenta este caso torna procedente la tutela para que se autorice únicamente el procedimiento quirúrgico de laparoscopia operativa en procura de mejorar la calidad de vida y lograr el más alto nivel de salud en la actora, sin que deba atenderse su petición de autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro*, por cuanto el tema relacionado directamente con la infertilidad que padece no compromete sus derechos fundamentales.

Resuelve: tercero.- ordenar al representante legal de la EPS Coomeva, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar el procedimiento denominado video laparoscopia operativa conforme a lo ordenado por el médico de la accionante, y con posterioridad practique el mismo, brindando a la actora los cuidados preoperatorios y postoperatorios que requiera para reestablecer su salud.

Actividad 6

Para investigar

Después de leer la Sentencia T-890 de 2009 de la Corte Constitucional, responda:

1. Explique tres razones por las cuales un liberal clásico criticaría esta sentencia.
2. Explique tres razones que justifican lo dicho por los magistrados de la Corte.
3. Tome una posición y defiéndala refutando los contrargumentos.

Recuadro 4
Derecho a la comida, el agua y la vivienda

Es difícil imaginar una necesidad humana más apremiante que la de agua y comida, seguida por la búsqueda de un albergue. La vida moderna, en la medida que esperamos nos brinde a todos un mínimo de bienestar, debería garantizar a todos estos tres elementos básicos: agua, comida, albergue. Ninguno de los tres elementos aparece como derecho en la Constitución de 1991. Sin embargo, la Corte Constitucional sí ha protegido un derecho llamado “al mínimo vital” o derecho a la subsistencia, que deriva del principio de dignidad y de los derechos humanos en su conjunto. Así, en varias ocasiones la Corte ha tutelado el derecho al mínimo vital como aquel “que le asiste a una persona para reclamar lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios”.

¿Qué incluye el derecho al mínimo vital? Supondríamos que por lo menos incluye el agua. El agua es un elemento esencial para la vida humana, para la salud, pues es un elemento necesario para la supervivencia, la producción de alimentos y todas las actividades económicas. La Constitución Política le da al agua la dimensión de elemento constitutivo del Estado, la reconoce como riqueza natural de la nación e incluye el derecho al agua como un derecho colectivo y del ambiente. Aun así, la Constitución Política no es explícita al determinar el derecho al agua como un derecho individual, ya que no se clasifica como derecho fundamental o como derecho económico o social. Esto significa que en el orden constitucional no es claro cuáles son las obligaciones del Estado con respecto al cumplimiento de este derecho, ni cuáles son los derechos concretos de las personas frente al agua.

Llenando este vacío, la Corte Constitucional ha dicho que el agua para el consumo humano es un derecho constitucional fundamental y ha sostenido que es una

obligación del Estado garantizar el acceso a una cantidad esencial mínima de agua suficiente para el uso personal y doméstico (véase, por ejemplo, la Sentencia T-717 de 2010). Este suministro no puede ser una cuestión que esté sujeta al debate público o a la ejecución presupuestal, pues constituye un verdadero y autónomo derecho fundamental de las personas, sin el cual la vida, la salud y la dignidad se ven completamente comprometidas.

En cuanto al albergue, este se materializa en el derecho a la vivienda. El derecho a una vivienda digna y adecuada aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 51 de la Constitución Política colombiana. El Estado está obligado a hacer efectivo ese derecho promoviendo planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

En los tres casos (comida, agua y vivienda) el criterio para su garantía es el de progresividad aplicable a los derechos sociales, económicos y culturales: las entidades deben adoptar todas las medidas que estén a su alcance para salvaguardar el componente mínimo del derecho al agua. Deben avanzar constantemente y mediante el diseño de políticas públicas eficientes para mejorar el servicio de acueducto, hasta cuando se logre cumplir de manera absoluta y eficiente con el derecho y no pueda retrocederse en su garantía. Solo cuando la vida de una persona está amenazada directamente, puede proceder una tutela para exigir la protección del derecho a la supervivencia.

* Corte Constitucional, Sentencia C-919 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

la obligación de reglamentar la responsabilidad de las personas que se encuentran llamadas a garantizar los derechos socioeconómicos de los menores: la familia y la sociedad. No obstante, cuando la familia no cuenta con los medios necesarios para satisfacer las necesidades básicas de los niños, el Estado tiene la obligación subsidiaria de asumir el cuidado de estos. En relación con lo anterior, el artículo 13 de la Constitución Política impone al legislador la obligación de establecer las políticas necesarias para la erradicación de las injusticias presentes, de forma tal que se garantice a los grupos discriminados o marginados los medios necesarios para su existencia. La Corte Constitucional consideró que los menores de Puente Aranda constituyen un grupo social marginado y discriminado, dadas las precarias condiciones socioeconómicas de sus familias y la falta de cobertura en servicios públicos. La deficiente cobertura del sistema de vacunación vulnera los derechos fundamentales de los menores y evidencia, de acuerdo con la Corte: “una malversación o abuso de la competencia por parte de los órganos responsables”, que justifica la intervención del juez constitucional. Como consecuencia, se ordena a la Secretaría de Salud de Bogotá y al Ministerio de Salud suministrar gratuitamente a los menores accionantes los tratamientos de vacunación necesarios para prevenir la meningitis.

Consideraciones finales

La Corte Constitucional colombiana ha establecido la conexión entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales y, en algunos casos, como el de la salud, los ha vuelto exigibles directamente por vía de tutela. Por tanto, ha exigido actuaciones específicas del Estado para garantizarlos y ha brindado especial protección a determinados grupos de personas. De esta forma, quienes critican a la Corte por extralimitarse en sus funciones aumentando la lista de derechos fundamentales, asignando recursos y dando órdenes a la Rama Ejecutiva, en realidad están defendiendo un proyecto político específico: los fundamentos del liberalismo clásico.

Se puede afirmar que la Corte no ha ampliado los derechos: simplemente ha demostrado que es imposible tener un derecho a la vida digna sin un mínimo de condiciones y, además, que el Estado Social de Derecho exige solidaridad y que las diferentes ramas del poder deben

tener como norte consolidar las condiciones necesarias para lograr una sociedad más solidaria e igualitaria. La escasez de recursos, argumento preferido por los críticos de la Corte, se ha tomado como una verdad absoluta, evitando una discusión concreta acerca de la distribución del gasto público (por ejemplo, los aumentos extraordinarios en los gastos de armamento y seguridad de los últimos años, frente a la disminución en la inversión social). En suma, si no fuera por decisiones de la Corte, como algunas de las que se mencionaron en este capítulo, para los más de siete millones de personas que viven como los Aroca, los DESC incluidos en la Constitución serían simplemente promesas incumplidas.

Glosario

Derechos económicos, sociales y culturales. Derechos constitucionalmente reconocidos, cuya efectividad requiere una actividad positiva de prestación por parte del Estado*.

Estado Social de Derecho. Forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos principales combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Por tanto, exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna, dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere que las autoridades actúen efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad**.

Subsidiariedad de la ayuda del Estado. Principio que significa, por una parte, que el Estado no requiere intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos. El apoyo del Estado se requiere donde se hace imposible o demasiado difícil satisfacer de manera eficaz las necesidades básicas***.

* *Diccionario Jurídico Espasa* (Madrid: Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, 2007).

** Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*** Corte Constitucional. Sentencia C-983 de 1995. M.P. Humberto Sierra Porto.

Material de apoyo

Películas, videos y documentales

- “Violento desalojo de 400 familias en Bogotá” (Tellesur, 1,53). En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=qmsknw5ZxqA>

Libros y artículos

- *El coronel no tiene quien le escriba* (Gabriel García Márquez). El Coronel, un veterano de la Guerra de los Mil Días, vive en una casa en la costa Atlántica junto a su esposa. Durante 15 años, el Coronel va todos los viernes a la oficina de correo esperando que le llegue una carta en la que se le reconoce su pensión como veterano de la guerra civil.
- *Los miserables* (Victor Hugo). El protagonista, Juan Valjean, es condenado a prisión por un pequeño hurto. Al fugarse, la cárcel lo ha transformado en un ser marginado por la sociedad. A partir de ese momento, Juan comienza a verse inmerso en situaciones en las que se presentan reflexiones sobre el bien y el mal, llegando a un punto en el que sus actos serán desinteresados y estarán encaminados a ayudar a los demás. La trama se desarrolla en un contexto en el que se describe la realidad desesperanzada de los sectores pobres del París de mediados de siglo XIX, que describe los cambios que marcarán el principio de una sociedad más justa.

Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Del Puerto/CELS, 1997, 283-350. En línea: http://miguel-carbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf.

ACNUR, *Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y los refugiados colombianos*. Ginebra, 2002. En línea: <http://www.acnur.org/t3/uploads/pics/1.pdf?view=1>

Arango, Rodolfo. "Gasto público y derechos fundamentales". *El Espectador*, Opinión, 28-4-2011. En línea: <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>

Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, 2007.

Fernández, Andrés. "Sobre el debate en torno a la sostenibilidad fiscal". *La Silla Vacía*, 1-6-2015. En línea: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blogoeconomia/23778/sobre-el-debate-en-torno-la-sostenibilidad-fiscal>

"La vacunación es obligatoria". *El Tiempo*, Temas del Día, 21-5-1998. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757608>

"Los Aroca, una familia que vive con 400 mil pesos". *El Tiempo*, Portafolio, 29-8-2009. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5973648>

Rossi, Julieta y Víctor Abramovich. "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (número especial 2007): 34-53.

Sachs, Albie. "Enforcement of Social and Economic Rights". *American University International Law Review*, 22, núm, 5 (2007): 745-799.

La educación: protectora de otros derechos

Betsy Perafán Liévano

Derechos deberes
derecho a la educación
 educación bancaria
 Ciudadanía democrática
 derechos humanos
criterio de conexidad Sistema educativo



Objetivos de aprendizaje

- Ampliar la comprensión sobre la responsabilidad de las instituciones educativas en la formación ciudadana.
- Cuestionar el modelo de educación bancaria para la vivencia de la democracia.
- Reflexionar y comprender el derecho a la educación desde su dimensión de deber.
- Conocer los criterios que ha usado la Corte Constitucional en la solución de casos relacionados con el derecho a la educación.
- Reconocer las instituciones –oficiales y privadas, incluida a la familia– encargadas de la promoción y protección de este derecho, analizar su papel y cuestionarlo.
- Relacionar y ponderar o conciliar el derecho a la educación con otros derechos, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la libertad de cultos.



Guía de estudio

Este capítulo pretende que el estudiante comprenda los alcances del derecho a la educación en Colombia y la complejidad que existe a la hora de garantizarlo. Para ello, es importante cuestionar el papel de los legisladores y de los jueces, quienes definen y protegen este derecho, así como la función de los estudiantes que lo ejercen. Para comenzar, se describe una situación que ilustra la tensión que surge cuando se da prioridad a la educación sobre otros derechos. Luego se presenta el análisis del derecho a la educación respecto a su definición, función, perspectiva de *derecho* y connotación de *deber*. Por último, se estudia la relación entre el derecho a la educación y otras garantías constitucionales, como evidencia de una realidad en la que se protege el derecho a la educación por su conexión con otros derechos, más que como fin en sí mismo. A lo largo del documento aparecen preguntas y casos que llevan al estudiante a una reflexión sobre lo aprendido y a la retroalimentación con ello.

Introducción

En el departamento de Córdoba (Colombia) se presentan emergencias de origen social y de origen natural que dificultan el funcionamiento de las instituciones educativas. Por un lado, los profesores son continuamente amenazados y extorsionados por grupos al margen de la ley, a consecuencia de lo cual hay un déficit importante de docentes; por otro lado, es una zona que llega a niveles históricos de inundaciones durante las épocas de invierno. En la mayoría de los casos, las escuelas son lugares seguros que se utilizan como albergues en las emergencias invernales. Ante esta situación, ¿cómo se puede asegurar el derecho a la educación de los niños y jóvenes?, ¿debe cederse su protección para garantizar otros derechos?

En el este capítulo se analizarán los conceptos, las teorías y las instituciones jurídicas que son relevantes y atañen al tema, para tratar de dar respuesta a estos interrogantes. Pero antes es importante mencionar que los municipios de Córdoba son ejemplo de protección real del derecho a la educación, a pesar de las circunstancias adversas, sean de índole social o natural. Esto se debe a la responsabilidad que han asumido tanto el Estado como la sociedad civil –incluidas las familias– en la defensa de este derecho, tal como veremos más adelante.



Efraín Hoyos Osorio.

En qué consiste el derecho a la educación

Para comenzar, veamos lo que dice el artículo 67 de la Constitución de 1991, el cual consagra el derecho a la educación:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.¹ La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

Para entender los que significa el derecho a la educación en Colombia, revisemos en detalle lo que establece el artículo constitucional.

La finalidad de la educación

Conforme al artículo 67, las instituciones educativas tienen como objetivo principal la formación para la ciudadanía democrática. Esto significa que la educación va más allá de la adquisición de unos conocimientos específicos (científicos, técnicos, culturales), ya que estos saberes

deben ser puestos al servicio de la sociedad como un aporte a la convivencia ciudadana.

En términos de Dewey, la educación democrática consiste en la liberación de las capacidades individuales en un crecimiento progresivo dirigido a fines sociales.² Así mismo, para Zuleta una educación humanista es aquella que permite y fomenta el desarrollo de la persona, lo que requiere una idea y posibilidades de desarrollo que no estén determinadas por las leyes del mercado³.

Para hacer realidad este ideal de formación, en el año 2003 el Estado comenzó a evaluar las competencias ciudadanas logradas por los estudiantes en su paso por el sistema educativo, a través de estándares medidos por el sistema de preguntas de selección múltiple. Por ejemplo, un estándar dice que el estudiante de décimo grado debe ser competente para “participar constructivamente en iniciativas o proyectos a favor de la no-violencia en el nivel local o global”⁴. También se definieron competencias profesionales, con el objetivo de evaluar si los egresados de todas las carreras están siendo formados en las habilidades necesarias para desempeñarse adecuadamente en su vida laboral y con responsabilidad social⁵.

Sin embargo, autores como Zuleta y Cajiao sostienen que en las instituciones escolares se tiende a diseñar un régimen disciplinario que controla el comportamiento y

Actividad 1

Para discutir

Comente tres actividades de su colegio que usted crea que aportaron a su formación ciudadana o tres que, en su opinión, afectaron esa formación. Relacione su explicación con lo leído en este capítulo.

1 En consideración de la Corte Constitucional (Sentencia T-1290 de 2000), un análisis sistemático que relacione esta norma con el artículo 44 constitucional y con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una ampliación de este plazo hasta los 18 años de edad, límite fijado por la Convención para determinar la condición de niño.

2 John Dewey, *Cómo pensamos* (Buenos Aires: Paidós, 2007).
3 Estanislao Zuleta, *Educación y democracia; un campo de combate* (Bogotá: Corporación Tercer Milenio, 1995).
4 Ministerio de Educación Nacional. “Formar para la ciudadanía ¡sí es posible!” MEN, 2004, 24. En línea: http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-75768_archivo_pdf.pdf
5 ICFES, “Propuesta de lineamientos para la formación por competencias en educación superior”. 2008. En línea: http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-261332_archivo_pdf_lineamientos.pdf

Recuadro 1

¿Por qué los malos resultados en las pruebas PISA?*

Según Julián de Zubiría, fundador del [Instituto Alberto] Merani, a los estudiantes les va mal porque no se les ha enseñado a pensar, interpretar y resolver problemas. Que Colombia haya ocupado el último lugar en las pruebas PISA [Programa Internacional de Evaluación de Estudiantes] es frustrante, pero hay que entender los resultados en contexto.

Por absurdo que parezca, la escuela en América Latina ha venido trabajando sin tener en cuenta cómo funciona el cerebro. Se ha esforzado por transmitir informaciones para que sean recopiladas por los estudiantes, desconociendo que la mente es extremadamente deficiente para almacenar datos. En eso nos superan con creces las computadoras y las grabadoras. // El cerebro está diseñado para crear, soñar, amar, inventar, procesar, analizar e interpretar la información, pero no para almacenarla. Para ello fueron creadas las redes, las USB, los celulares y los discos duros. Sin embargo, hasta ahora no hemos inventado nada que analice e interprete mejor la información que el cerebro humano, posiblemente nunca lo podremos hacer con la flexibilidad, plasticidad y adaptabilidad que lo caracterizan. // Lo anterior es cierto en mayor medida en una época en la que logramos guardar casi toda la información en medios magnéticos. Vivimos una sociedad que posee una red casi ilimitada de circulación de archivos. Esta situación ha permitido caracterizar el desarrollo de la competencia para interpretar y analizar datos, como la meta cognitiva más importante del proceso educativo durante la educación básica. [...]

¿Qué prueban las pruebas?

Pruebas como PISA evalúan competencias para pensar, interpretar, resolver problemas y leer críticamente. Estas competencias no las han desarrollado nuestros estudiantes porque el sistema educativo todavía sigue dedicado a transmitir informaciones impertinentes y fragmentadas. // El origen del problema no está en los maestros; es más complejo, ya que todo el sistema educativo está pensado para transmitir informaciones y no para pensar. Así fueron pensados los currículos, los sistemas de evaluación, la selección y formación de los maestros, [...]

[Pero] las clases deben ejercitar la inducción, la comparación, la generalización y la argumentación. En sociales, por ejemplo, hay que garantizar el dominio de conceptos como los de tiempo histórico, clase social, Estado, revolución o producción. Hay que desarrollar el pensamiento multicausal, crítico y relativista, que les permita a los jóvenes interpretar de manera compleja los fenómenos sociales. // En ciencias naturales hay que comprender a profundidad conceptos como los de masa y energía, desarrollar competencias para explicar y predecir los fenómenos naturales y las competencias ecológicas para convivir con la naturaleza. Eso es miles de veces más importante que saber los símbolos químicos o los nombres de los huesos y las plantas, que solo sirven para resolver crucigramas y para responder los exámenes de los profesores de química.

Por eso los niños suelen botar los cuadernos a la caneca al culminar los grados, ya que lo enseñado allí no servirá en la vida. ¿Botarían acaso los cuadernos si en la escuela se enseñara cómo conquistar a las muchachas o los muchachos? ¿Botarían a la caneca los cuadernos si en la escuela nos ayudaran a construir nuestros proyectos de vida, a manejar el dinero o a interpretar de manera compleja la realidad social y natural? // Lo que se sigue enseñando en nuestras escuelas es muy impertinente para los niños, la sociedad y la época, porque no se puede transferir a la vida. Por ello, volvimos a quedar en los últimos lugares en las pruebas PISA, que evaluaron cómo los jóvenes resuelven problemas complejos, mientras nosotros en Colombia seguimos enseñando ortografía y la compleja y abstracta gramática, conocimientos que desconocen hasta nuestros mejores escritores.

* Julián de Zubiría, "¿Por qué los malos resultados en las pruebas PISA?" *Semana*, 13-4-2014.

En línea: <http://www.semana.com/educacion/articulo/por-que-colombia-ocupa-el-ultimo-lugar-en-las-pruebas-pisa/382486-3>

Actividad 2

Para reflexionar

Luego de leer el Recuadro 1, sustente si el propósito de las pruebas PISA va en contra de la finalidad de la educación en Colombia –según la Constitución de 1991– o si es coherente con ella.

la actividad de los estudiantes; un régimen sancionatorio, arbitrario y ajeno a una dinámica de reflexión y de interacción constructiva⁶. Este régimen representa el mismo modelo pedagógico que critica Freire con el nombre de “educación bancaria”, ya que el estudiante es un actor pasivo que se limita a memorizar lo que el profesor “deposita” en él, para luego repetirlo.⁷

A pesar de la normatividad existente, los casos que presentamos a continuación nos muestran que los jueces han dejado la decisión de enseñar –en el modelo de “educación bancaria” o en el que educa para la libertad– en manos de las instituciones educativas y han centrado su preocupación en lo medible: la cobertura. Empeño que tampoco ha sido exitoso.

La educación como derecho

El gobierno nacional ha considerado, al menos de manera oficial, que la principal herramienta de equidad social es la “Revolución educativa”⁸. Por ello se ha propuesto ampliar la cobertura y mejorar la calidad de la educación. Lo primero compromete al Estado a construir centros educativos suficientes para toda la población que lo necesita y a facilitar su acceso físico a ellos. Sin embargo, según datos del Ministerio de Educación Nacional (MEN), en los últimos diez años cerca de 3.600.000 estudiantes de bachillerato no lograron ingresar a la universidad pública por falta de cupos⁹.

Veamos el siguiente caso. Un joven instauró acción de tutela contra el municipio porque el centro educativo

oficial en el que estudiaba atravesaba por una grave situación financiera y el municipio solamente podía aprobar apropiaciones presupuestales de bajo monto, hecho que impedía el inicio de clases para el siguiente semestre. El joven adujo la violación de su derecho y pidió que se efectuaran las correspondientes gestiones administrativas para garantizar el adecuado cubrimiento de este servicio público

La Corte Constitucional denegó la tutela, porque no se trataba del derecho a la educación de los menores de edad ni de un gasto público social obligatorio para la educación preescolar, primaria, secundaria y media, como reza el artículo 365 de la Carta política¹⁰. Por el contrario, el accionante es mayor de edad, estudiante de una institución de educación no formal, adicional a la educación básica definida y regulada en los artículos 19 y siguientes de la Ley 115 de 1994.

El segundo propósito –mejorar la calidad de la educación– se entiende como “lograr que nuestros niños [...] estén en plena capacidad de transformar ellos mismos la realidad y trabajar en conjunto por el bienestar de todos”¹¹. Aunque

Actividad 3

Para reflexionar

1. ¿Conoce casos de personas cercanas a usted que hayan tenido dificultades para ingresar al sistema educativo?, ¿por qué razones?
2. ¿Alguna vez una limitación física le ha impedido a usted o a alguien conocido entrar a su colegio o universidad o movilizarse dentro del lugar?
3. ¿Qué ha hecho en esos casos o qué cree que puede hacer?, ¿su acción o propuesta es coherente con el sistema jurídico colombiano? Si lo es, mencione al menos una norma que lo apoye.
4. En su opinión, ¿dónde debe estar el mayor “esfuerzo fiscal”? Busque en la Constitución al menos un artículo que refuerce su opinión.

6 Zuleta, *Educación y democracia*; Francisco Cajiao, *Poder y justicia en la escuela colombiana* (Bogotá: Fundación FES, 1994).

7 Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido* (México: Siglo XXI, 1998).

8 MEN, “Formar para la ciudadanía”.

9 “Educación: un deber del Estado”. *El Espectador*, Editorial, 18-4-2011. En línea: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-263571-educacion-un-deber-del-estado>

10 Corte Constitucional. Sentencia T-038 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiterando la SU-624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 MEN, “Formar para la ciudadanía”, 3.

Actividad 4

Para reflexionar

1. ¿Ha estado en cursos, en su colegio o ahora en la universidad, donde se promueva el pensamiento crítico, la empatía y la colaboración?
2. ¿Considera que el sistema educativo la mayor parte del tiempo promueve todo lo contrario –la memorización sin sentido, la intolerancia y el egoísmo–? Explique su respuesta.

existe la libertad de enseñanza¹², los centros educativos tanto oficiales como privados deben encaminar sus objetivos, metodologías y formas de evaluar a la formación en la autonomía, el respeto y la solidaridad¹³. Por tanto, es posible exigir no solo el acceso a la educación, sino también que esta tenga un claro enfoque pedagógico, lo que obliga a contar con docentes formados en metodologías de enseñanza acordes a dichos propósitos y dispuestos a ponerlas en práctica.

La Corte Constitucional colombiana –y muchos otros jueces– han protegido el derecho a la educación mediante numerosos fallos de tutela. En estos casos, por lo general, aparece una norma del manual de convivencia que, en la interpretación de la Corte, va en contra del artículo constitucional. Algunas situaciones conocidas se refieren a la protección de este derecho para adolescentes embarazadas, muchachos que llevan el cabello largo, jóvenes que expresan o manifiestan su homosexualidad, menores de edad que contraen matrimonio, estudiantes que se niegan a obedecer las reglas que les exigen practicar una religión que no profesan, entre otras. Sin embargo, no siempre la Corte o los jueces protegen el derecho a la educación, ni siquiera en las circunstancias mencionadas. De manera que no hay un precedente claro o no es posible afirmar con total certeza cómo fallará un juez de tutela ante alguna de las conductas descritas u otras análogas.

12 Constitución Política de Colombia (art. 69); Ley 115 de 1994, Ley General de Educación (art. 1).

13 Betsy Perafán Liévano y Ferley Ortiz Morales. “La democracia: una vivencia posible en la clase de matemáticas”. *Revista EMA*, 9, núm. 2 (2004): 129-164. Bogotá, Universidad de los Andes.

La educación como deber

Los niños y jóvenes pueden exigir que se les preste el servicio público a la educación y eso significa que deben asumir un papel protagónico en el proceso de aprendizaje, así como en el cumplimiento de las normas válidas de la institución educativa. La Constitución establece que el Estado es responsable de garantizar este derecho, pero extiende dicha obligación a la familia y la sociedad en general. Sin el compromiso de los padres, estudiantes, vecinos y diferentes miembros de la sociedad no es posible lograr la educación para la ciudadanía democrática.

Al respecto, la Ley General de Educación en el artículo 7 consagra que la familia es la principal responsable de la educación de los hijos y que en especial le corresponde:

- a. Matricular a sus hijos en instituciones educativas que responden a sus expectativas, para que reciban una educación conforme a los fines y objetivos establecidos en la Constitución, la ley y el proyecto educativo institucional;
- b. Participar en las asociaciones de padres de familia;
- c. Informarse sobre el rendimiento académico y el comportamiento de sus hijos, y sobre la marcha de la institución educativa, y en ambos casos, participar en las acciones de mejoramiento;
- d. Buscar y recibir orientación sobre la educación de los hijos;



Andrés Montoya Gómez.

- e. Participar en el Consejo Directivo, asociaciones o comités, para velar por la adecuada prestación del servicio educativo;
- f. Contribuir solidariamente con la institución educativa para la formación de sus hijos, y
- g. Educar a sus hijos y proporcionarles en el hogar el ambiente adecuado para su desarrollo integral.

El artículo 8 de la misma ley dice que la sociedad le debe colaborar a la familia y al Estado en la vigilancia de la prestación del servicio educativo y en el cumplimiento de su función social con el fin de:

- a. Fomentar, proteger y defender la educación como patrimonio social y cultural de toda la Nación;
- b. Exigir a las autoridades el cumplimiento de sus responsabilidades con la educación;
- c. Verificar la buena marcha de la educación, especialmente con las autoridades e instituciones responsables de su prestación;
- d. Apoyar y contribuir al fortalecimiento de las instituciones educativas;
- e. Fomentar instituciones de apoyo a la educación, y
- f. Hacer efectivo el principio constitucional según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

De otro lado, si la educación es un deber, la enseñanza no puede ser entendida como un sistema que funciona con las reglas del mercado, donde hay un vendedor, un producto y el cliente que lo compra. No son análogos los términos vendedor-profesor, producto-aprendizaje o cliente-estudiante. No aplica la expresión: “el cliente –el estudiante– siempre tiene la razón”. Hay un papel activo y autocrítico del estudiante en su proceso de aprendizaje.

Las tendencias pedagógicas que conciben al estudiante como protagonista de su formación están relacionadas con el propósito de educar para la ciudadanía

democrática¹⁴. No se trata únicamente de exigir al Estado el cumplimiento de sus funciones o que resuelva los problemas básicos de la población; es responsabilidad de todos actuar proactivamente, ya sea en la dirección del propio destino, como en la transformación social y personal. El derecho a la educación no da la potestad al estudiante de incumplir sus deberes académicos y disciplinarios. Para este tipo de situaciones, la Corte Constitucional ha determinado las condiciones en las que no hay vulneración de este derecho. Por ejemplo: ¿qué pasa si un estudiante –o sus padres– no pagan la matrícula en un colegio privado?

En el caso de una joven a quien el colegio le negó el diploma y el certificado de estudios, en razón a la existencia de una deuda por falta de pago de la pensión, la Corte concedió la tutela haciendo la siguiente aclaración: si el niño ha sido matriculado en un colegio privado y durante el año lectivo ha surgido un hecho que afecte económicamente a los proveedores de la familia (pérdida del empleo, enfermedad grave, quiebra de la empresa, etc.), es razonable el no pago oportuno de las pensiones y, por tanto, no puede ser invocado por el colegio para negarse a entregar las notas¹⁵. Ante esta imposibilidad sobreviniente que impide el pago, surge para el solicitante de la tutela el deber de aclararle y probarle al juez constitucional la circunstancia que impide el pago oportuno (que no es confesión de parte ni prueba que lo perjudique en otros espacios) y que se den los pasos necesarios para cancelar lo debido, como acudir al Icetex para obtener un préstamo.

No obstante, la Corte aclaró que, si hay aprovechamiento grave de la jurisprudencia constitucional por parte de los padres con la “cultura del no pago”, la tutela no prosperaría, porque la definición de educación abarca tanto la enseñanza en un colegio como el ejemplo que da la familia al estudiante. Esto significa que la educación no es un proceso aislado, sino sistémico. La mala fe no puede ser la base para invocar la protección de un derecho. Así, se deslegitima el cumplimiento de un derecho cuando hay abuso y desconocimiento del derecho de otros. Por tanto, si los padres, estando en capacidad, no pagan la pensión,

Actividad 5

Para investigar

Indague por alguna norma de un manual de convivencia escolar que con su aplicación vulnere el derecho constitucional a la educación. Explique.

14 Dewey, *Cómo pensamos*.
15 Corte Constitucional. Sentencia T-492 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Actividad 6

Para discutir

¿Usted cree que expulsar o suspender a un estudiante que comete fraude vulnera su derecho a la educación, especialmente si en ese colegio o universidad no se le formó para ser honesto o auténtico?

Sustente su respuesta mencionando al menos dos ideas de este capítulo (cite la página de donde toma cada una).

tampoco pueden exigir, mediante tutela, la entrega de notas.

Las instituciones educativas están facultadas jurídicamente para establecer sanciones por faltas disciplinarias (ambas en el reglamento estudiantil); sin embargo, estas medidas deben ser proporcionales a la gravedad de la conducta. Por ejemplo, una menor fue expulsada del centro educativo donde adelantaba sus estudios por no presentarse a alfabetizar una tarde, porque perdió el bus que la trasladaba de su centro de estudios al lugar donde debía prestar el servicio social. La Corte Constitucional consideró que el colegio debe tener como función primordial la orientación de las educandas y la formación integral dentro del respeto al libre desarrollo de la personalidad¹⁶. Esto significa que en todo proceso educativo la corrección ocupa un lugar importante, que debe ser proporcional a la falta cometida; de lo contrario, sus efectos son altamente nocivos. En el caso concreto, el colegio se encontraba facultado para corregir e imponer las sanciones disciplinarias pertinentes, pero el tipo de sanción debía estar acorde con la gravedad de la falta, la edad de la alumna y su personalidad. Así, la sanción disciplinaria de cancelación de la matrícula a la alumna es desproporcionada frente a la falta cometida, por lo que con ella se vulnera el derecho fundamental a la educación.

No obstante, es posible establecer como sanción la cancelación de la matrícula. Veamos este caso: una joven de 16 años interpuso acción de tutela porque le fue cancelada la matrícula debido a que su comportamiento en el

plantel educativo (llegar tarde a clase y portar el uniforme del colegio mientras consumía bebidas alcohólicas) acarrearán tal sanción, de acuerdo con el manual de convivencia. La Corte estableció que las sanciones a los estudiantes por incurrir en faltas que comprometan la disciplina del plantel no violan sus derechos fundamentales, siempre que se respete el debido proceso, se prueben los hechos imputados y la sanción esté contemplada previamente en el reglamento¹⁷.

Las sanciones impuestas a los estudiantes deben ser razonables, proporcionales y necesarias. En el caso mencionado, para la Corte Constitucional la sanción de cancelación de la matrícula fue: 1) razonable, pues la preponderancia del interés colectivo de mantener el ambiente educativo sobre el derecho a la educación de la joven constituye un fin justificado constitucionalmente, ya que ella no cumplió con su deber correlativo de acatamiento de las reglas; 2) fue proporcional, pues la actitud de la joven al consumir bebidas alcohólicas portando el uniforme del colegio causa un daño en la imagen del mismo y da un mal ejemplo a las demás estudiantes, y 3) fue necesaria, pues no había otro modo de poner fin a las faltas cometidas por la alumna, luego de haberse intentado hacerlo por otros medios. Por lo anterior, se consideró que no hubo violación del derecho a la educación en relación con el debido proceso educativo.

Así como en un caso de fraude, ¿procede la aplicación de sanciones disciplinarias por reiterado comportamiento cleptómano y por negarse a recibir ayuda de la institución educativa? Miremos el caso de una joven que alegó vulnerados sus derechos a la educación y al debido proceso por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), institución que canceló su matrícula por una “supuesta incapacidad para estar dentro de una sociedad de trabajo”. El SENA indicó que la estudiante había sido admitida desde el año 2002, época desde la cual había presentado problemas de comportamiento, razón por la que se le había realizado una evaluación psicológica. En dicha evaluación se indicó la existencia de “ausencias” (síndrome neurológico), “conducta cleptómana”, “un bajo nivel de tolerancia” a las observaciones de los docentes y “quejas somáticas permanentemente”. Por ello se le recomendó un tratamiento

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-114 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

psicológico que la estudiante no realizó, a pesar de continuar presentando el mismo tipo de comportamientos que generaron el proceso disciplinario.

La Corte señaló que el órgano encargado de adelantar el proceso de imponer la sanción disciplinaria debe considerar la condición psicológica del investigado, porque resulta demasiado gravoso sancionar a alguien que ha incurrido en una conducta prohibida sin tener la capacidad de elegir a causa de su condición psicológica¹⁸. Para la Corte, quien carece de esta facultad no actúa con el propósito de afectar la institución, sino “bajo la imposibilidad de dirigirse hacia la búsqueda de la finalidad que dicha organización persigue o, al menos, hacia la abstención de realizar los comportamientos que se encuentran prohibidos”. En dichas circunstancias, dice la Corte, la persona tiene derecho a que la institución educativa, según las facilidades y recursos de los que disponga, la oriente y le dé el apoyo necesario para que pueda superar las causas que explican la comisión de la conducta prohibida.

Una vez que la institución le ha ofrecido a la persona la oportunidad para que, libremente, opte por una solución que le permita evitar reincidir en la misma falta, surge para dicha persona el deber de realizar de manera consciente el tratamiento que ella elija –es decir, seguir las indicaciones recomendadas para su efectividad–, en aras de superar las causas que le impiden comprender una prohibición o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pero si la persona toma la decisión de no realizar algún tratamiento adecuado para superar las causas que la llevan a cometer las conductas prohibidas o no lo asume de manera consciente, la institución educativa puede imponerle la sanción correspondiente, porque ya no estará sancionando, en estricto sentido, a una persona que, dada su condición psicológica, no comprende que la conducta cometida es perjudicial para la institución



Andrés Monroy Gómez

a la que pertenece o porque carece de control sobre su voluntad para abstenerse de realizarla, sino a la persona que voluntariamente se abstiene de seguir un camino, con el apoyo de la institución, que le permitiría dejar de incurrir en la comisión de conductas prohibidas por el reglamento de la institución educativa. En el caso concreto, la Corte concluyó que el SENA había brindado a la estudiante diversos mecanismos para que pudiera solucionar su problema, antes de adelantarle el proceso disciplinario que culminó con la sanción de cancelación de la matrícula, por lo cual no se habían vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

Encontramos otros ejemplos relacionados con el mismo tema: ¿puede un colegio negar la matrícula a un estudiante para el siguiente año lectivo como sanción disciplinaria por mal comportamiento o como sanción académica por pérdida de logros? En el caso de una joven a la que se le impidió matricularse para el año lectivo siguiente debido a su indisciplina, la Corte estableció que las sanciones por conductas que se consideren inapropiadas dentro del ámbito educativo deben ceñirse a parámetros objetivos que excluyan la arbitrariedad y han de respetar los derechos constitucionales fundamentales de los educandos¹⁹. En este contexto, las normas que regulan su prestación efectiva no pueden convertirse en

18 Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Corte Constitucional. Sentencia T-1044 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

instrumentos que la nieguen o distorsionen, bajo el disfraz de propósitos disciplinarios. Por tanto, el contenido de los reglamentos de las instituciones educativas, así como su interpretación y aplicación no pueden desconocer los valores, principios y normas de la Constitución y los derechos fundamentales de los estudiantes, como la educación y el libre desarrollo de su personalidad. La Corte concedió la tutela amparando el derecho a la educación de la joven.

En cuanto al caso de la joven que perdió los logros de biología y por ello la institución le negó la posibilidad de matricularse para el siguiente año, la Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia anterior aplicándola al ámbito académico. Así, según la Corte, si bien es cierto que la educación comporta un alto grado de interés y el estudiante tiene la obligación de cumplir con el rendimiento académico, la sanción aplicada es desproporcionada y está violando el derecho de la joven. Sin embargo, si se llega a demostrar que, además de la falta de interés por parte del estudiante en el cumplimiento de sus deberes académicos, sus padres no atienden los llamados que la institución les hace para notificarlos de los problemas que presenta el menor, es válido que se decida, con base en esas mismas normas y cumpliendo el procedimiento establecido, que el joven no pueda matricularse para cursar el año lectivo siguiente, sin que con ello se violen sus derechos constitucionales.

Veamos ahora qué pasa con el estudiante universitario que reprueba en repetidas ocasiones la misma asignatura. Al respecto, la Corte ha dicho que no es violatorio del derecho a la educación que se le sancione con la exclusión del programa que cursaba y no se le permita volver a reintegrarse, mientras esté estipulado así en el reglamento del establecimiento educativo²⁰. De todas maneras, la Corte establece que, en aras de proteger el derecho a la educación del joven, este podrá acceder a otro programa en el mismo establecimiento educativo.

Por otro lado, la función social de la educación también aplica a sus estudiantes. En una demanda de inconstitucionalidad se solicitó declarar inexecutable el artículo 97

de la Ley 115 de 1994, la cual dispone que los estudiantes de educación media prestarán un servicio social obligatorio durante los dos últimos grados de estudios. El actor consideró que la norma viola el principio de igualdad por tres razones: 1) establece un trato diferenciado entre estudiantes de educación media y estudiantes de educación superior, 2) no establece un trato diferente entre estudiantes de colegios públicos y privados y 3) no establece un trato favorable para los estudiantes menores que deben trabajar.

La Corte decidió que la norma era válida, puesto que una de las posibilidades que tiene el legislador para materializar el carácter de función social de la educación y fortalecer los lazos entre los educandos y su comunidad es el servicio social obligatorio que deben prestar los estudiantes de educación media²¹. Según la Corte, este es un medio idóneo para el aprendizaje y la realización de los deberes de solidaridad de los menores educandos con los restantes miembros de la sociedad. Respecto de los estudiantes universitarios, para la Corte es claro que ya cumplieron con su servicio social al haber cursado la educación media, el cual no es una carga, sino una parte estructural del proceso educativo. En cuanto a los planteles públicos y privados, para la corporación es irrelevante el carácter de estudiante de uno o de otro en la prestación del servicio social obligatorio, pues se trata de una experiencia de extrema importancia en el proceso formativo, de la que no se le puede privar a estudiante alguno, ya que sería impedirle interactuar con su medio social y familiarizarse con la práctica de valores y fines que promueve el ordenamiento constitucional. En relación con aquellos estudiantes que trabajan, se indica que no se puede

Actividad 7

Para reflexionar

Con base en este acápite, sustente esta afirmación: “la educación es un deber”. En su escrito ilustre sus ideas con al menos tres casos narrados previamente o similares.

20 Corte Constitucional. Sentencias T-524 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-1207 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-442 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; T-694 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1333 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

21 Corte Constitucional. Sentencia T-450 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

privilegiar el trabajo de menores de edad de modo que afecte el servicio social obligatorio, puesto que este hace parte fundamental del proceso educativo, lo cual sería contrario a la Constitución, incluso cuando se contempla la posibilidad de conciliarlos sin que se puedan eximir.

El derecho a la educación en relación con otros derechos

Los manuales de convivencia y los reglamentos estudiantiles son normas que deben acatar todos aquellos que ingresan al sistema educativo. Los estudiantes se comprometen a cumplirlas al momento de firmar la matrícula, sea directamente o a través del representante legal. Sin embargo, con las mismas reglas que han sido creadas para mantener la armonía dentro de la institución se pueden desconocer ciertas garantías. Por ejemplo, en caso de violar el derecho a la educación, también se puede estar vulnerando el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos, al debido proceso, a la intimidad, a conformar una familia y a la igualdad. En estas circunstancias, aunque exista un contrato válido entre el estudiante y el colegio o la universidad, el estudiante no está obligado jurídicamente a cumplir una norma contraria a la Constitución.

Podemos ilustrar lo anterior con varios ejemplos, como el de una menor que fue obligada por la institución a

llevar un uniforme diferente al de sus otras compañeras por convivir en unión marital de hecho. En esta situación se ampararon los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad²². En otro caso, la Corte declaró inconstitucional el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993 que otorgaba a quienes hubiesen prestado el servicio militar un 10% adicional a la calificación obtenida en las pruebas de Estado del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), por considerar que comporta un trato desigual y desproporcionado en contra de los demás aspirantes²³. Lo mismo sucedió con el artículo 186 de la Ley 115 de 1994, que consagraba un privilegio para acceder a los establecimientos educativos estatales a los hijos de educadores, directivos o administrativos y a los hijos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo²⁴.

Respecto del derecho a la educación se han dado diversas polémicas que fueron sometidas a estudio por parte de la Corte Constitucional, la cual dio soluciones que siguen generando controversias. Los casos que se exponen a continuación tratan sobre algunas de estas polémicas. Léalas con atención y prepárese para discutir las en clase.

¿Excepciones al uso del uniforme?

Unos estudiantes instauraron acción de tutela contra la institución educativa donde adelantaban sus estudios nocturnos, por considerar violados sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, dado que se les obligaba a asistir a clases con uniforme –siendo que debían trabajar durante el día–, so pena de impedir su acceso a clase como sanción disciplinaria. La Corte Constitucional estimó que, en desarrollo de las reglamentaciones administrativas internas o generales de carácter público, y en las disposiciones que se pueden y deben expedir sobre esta materias para asegurar un régimen disciplinario o de seguridad por varias razones, entre ellas las de salubridad, se hace necesario imponer la obligación de llevar uniforme, sin que por ello se genere



Betsy Perafán Liévano.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-853 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
23 Corte Constitucional. Sentencia T-323 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
24 Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Actividad 8

Para reflexionar

A continuación se exponen tres casos problemáticos. Analícelos y diga si se vulnera el derecho a la educación en cada uno de ellos. Sustente sus respuestas.

1. Una menor de 17 años no puede continuar estudiando en el sistema de educación regular por razones económicas. Intenta ingresar a un centro de educación media para adultos, pero le niegan el cupo por tener un año menos de lo establecido por el reglamento de dicha entidad.
2. Por bajos recursos, una joven de 15 años tuvo que dejar sus estudios de secundaria y trabajar. Cuando quiso continuar, solicitó cupo en la jornada nocturna, pero este le fue negado porque no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 16 del Decreto 3011 de 1997.
3. El ingreso de una joven a un colegio para cursar el tercer año de bachillerato se condicionó a la presentación previa de los resultados de un encefalograma y un diagnóstico neurológico que se le había exigido en diversas ocasiones, por cuanto sus profesores consideraban que tenía dificultades de aprendizaje.

violación alguna de los derechos fundamentales de los educandos²⁵.

Sin embargo, para la Corte pueden existir procedimientos excepcionales en los reglamentos de los centros docentes, para algunos estudiantes que se encuentren en situaciones que los eximan del uso de uniformes u otros implementos, siempre y cuando esto no implique un atentado contra su propia seguridad. Razones de distinta índole autorizarían la posibilidad planteada, como, por ejemplo, necesidades de trabajo, incapacidad económica o edad, que puedan significar el ridículo social para el educando. Esto hace suponer que en los reglamentos de los colegios aparezcan excepciones al uso de los uniformes y procedimientos, aunque con autorización de las autoridades académicas. No obstante, se decidió

rechazar por improcedente la acción de tutela al considerar que no se causa perjuicio alguno con la obligación de asistir a clase con uniforme, por cuanto lo que se pretende es la seguridad personal, garantizando la prosperidad general encauzando la educación, sin desconocer su núcleo esencial.

¿Nuevos requisitos para graduarse?

Varios afectados presentaron acción de tutela en contra de sus respectivos centros universitarios para proteger sus derechos fundamentales, puesto que se niegan a conferirles el título de abogados aduciendo incumplimiento de los requisitos exigidos por su reglamentación interna, aun cuando, a la luz de la Ley 552 de 1999, no hay incumplimiento de los mismos para que se les otorgue el título. La Corte considera que la regulación de las condiciones para que se confiera el título académico a quienes terminan las materias del pènsun académico de la carrera de derecho es una función que incumbe de manera directa a las instituciones universitarias, quienes están llamadas a determinar el nivel de exigencia de sus estudiantes y, en razón a esto, pueden determinar los parámetros con los que estarán diseñados los sistemas de evaluación académica²⁶. Como la exigencia de requisitos académicos adicionales a los establecidos en la mencionada ley surge de la facultad contenida en el artículo 69 de la Constitución, que contempla la autonomía universitaria, y eran previamente conocidos por los afectados, la Corte negó el amparo solicitado.

Actividad 9

Para investigar

Indague sobre las protestas de los estudiantes en Chile, México, Venezuela, España, Estados Unidos y Colombia durante los últimos años. ¿Qué tienen en común? Ahora vea el documental sobre el sistema educativo finlandés (sugerido al final del capítulo) y responda si ese modelo sería el indicado para resolver los problemas que se manifiestan en las protestas.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

26 Corte Constitucional. Sentencia T-689 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Consideraciones finales

Una emergencia es una situación de crisis, ya sea por una causa natural, como las inundaciones en invierno, o por factores humanos, como conflictos tanto internos como externos. Si toda crisis es una oportunidad, ¿qué podemos aprender de ellas?

En el año 2007 se constituyó la Mesa Nacional de Educación en Emergencias y se dio un cambio en las acciones de las agencias de cooperación, de beneficencia y de ayuda humanitaria ante una crisis, y respecto del desarrollo de la capacidad de los entes territoriales y de la comunidad en la garantía del derecho a la educación, antes y después de una crisis. Estas acciones permitieron consolidar un poco más la idea de que garantizar el derecho a la educación no es responsabilidad exclusiva del Ministerio de Educación y de las secretarías de educación, sino de toda la sociedad.

Fue así como, durante la última emergencia invernal en el departamento de Córdoba, las escuelas dejaron de ser “albergues temporales” y continuaron prestando el servicio educativo con el apoyo de los mismos estudiantes, los docentes, las familias, la comunidad en general, las entidades oficiales del orden local y nacional y las ONG²⁷. Aún quedan algunos retos: consolidar la experiencia, para blindarla contra los cambios de gobierno; incluirla en los planes de desarrollo para garantizar los recursos que le den viabilidad; integrar de forma más completa los diferentes sectores desde la planeación; y lograr la atención de los diversos tipos de emergencia. Sin embargo, hay que resaltar la transformación cultural que generó esta experiencia.

A pesar del avance en materia de protección del derecho a la educación, queda la duda sobre la garantía de otros derechos en situaciones de emergencia invernal. Por ejemplo, ¿dónde se refugian ahora los afectados, si ya no se prestan las instalaciones de la escuela para ello? Sin embargo, cuando los niños y adolescentes continúan recibiendo educación, en caso de una emergencia invernal,

se logra evitar: cualquier forma de abuso; que puedan mantener el control de sus vidas y el sentido del futuro, así como mejorar su comprensión acerca de los acontecimientos (y no sentir un terror innecesario o exagerado); expresar sus sentimientos y recibir apoyo personal²⁸.

Actividad 10

Para reflexionar

Luego de haber leído este capítulo, responda:

1. ¿Usted cree que la escuela debe ser un albergue temporal durante una emergencia invernal o debe seguir cumpliendo su función educativa?
2. ¿Se le ocurre una manera ingeniosa de conciliar las dos necesidades?

En su escrito mencione al menos tres ideas de la lectura y cite las páginas de donde las toma.

27 Centro de Investigación y Formación en Educación (CIFE), Universidad de los Andes. “Sistematización del Proyecto ‘Mejoramiento de la calidad de la educación en escuelas afectadas por la emergencia invernal’, en Córdoba”. Bogotá, 12 de noviembre de 2011. En línea: <http://es.slideshare.net/eduenemergencias/documento-sistematizacin-cordoba-2012>

28 Unicef. “Escuelas como albergue”. 2008. En línea: http://www.eird.org/cd/toolkit08/material/Inicio/escuela_albergue/escuela-albergue.pdf

Glosario

Derecho a la educación. Reconocido como derecho fundamental de aplicación inmediata. Es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con él se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.

Material de apoyo

Videos, películas o documentales

- “Niños que arriesgan su vida para llegar al colegio”. *Crónica RCN*. Más de 50 estudiantes en San Luis de Cubarral, Meta, se exponen a diario para ir a estudiar. Los menores deben atravesar el río Ariari en una canasta colgada de una cuerda de acero. En línea: http://canalrcnmsn.com/noticias/niños_arriesgan_su_vida_para_llegar_al_colegio
- “Niños del cable”. *Crónica de Pirry*. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=z0nxSbftFq0>
- “Paradigma del sistema educativo”. Ken Robinson. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=Z78aaeJR8no>
- “Las escuelas matan la creatividad”. Ken Robinson. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=AW-bTuBA5rU>
- “Aprendizaje personalizado”. Ken Robinson. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=ul-b8u9ocLVY>
- “Discurso en Stanford de Steve Jobs”. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=6zlHAiddNUY>
- “El sistema educativo finlandés”. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=qkRREVchpgp>

Referencias bibliográficas

Cajiao, Francisco. *Poder y justicia en la escuela colombiana*. Bogotá: Fundación FES, 1994.

Centro de Investigación y Formación en Educación (CIFE), Universidad de los Andes. "Sistematización del Proyecto 'Mejoramiento de la calidad de la educación en escuelas afectadas por la emergencia invernal', en Córdoba". Bogotá, 12 de noviembre de 2011. En línea: <http://es.slideshare.net/eduenemergencias/documento-sistematizacin-cordoba-2012>.

Dewey, John. *Cómo pensamos*. Buenos Aires: Paidós, 2007.

"Educación: un deber del Estado". *El Espectador*, Editorial, 18-4-2011. En línea: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-263571-educacion-un-deber-del-estado>

"El gobierno gasta cuatro veces más en guerra que en educación". Caracol Radio, 11-4-2007. En línea: <http://www.caracol.com.co/noticias/economia/el-gobierno-gasta-cuatro-veces-mas-en-guerra-que-en-educacion/20070411/nota/413327.aspx>

Freire, Paulo. *Pedagogía del oprimido*. México: Siglo XXI, 1998.

ICFES - Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior. "Propuesta de lineamientos para la formación por competencias en educación superior". 2008. En línea: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-261332_archivo_pdf_lineamientos.pdf

Ministerio de Educación Nacional. "Formar para la Ciudadanía ¡sí es posible!" MEN, 2004. En línea: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-75768_archivo_pdf.pdf

Perafán, Betsy y Ferley Ortiz Morales. "La democracia: una vivencia posible en la clase de matemáticas". *Revista EMA*, 9, núm. 2 (2004): 129-164. Bogotá: Universidad de los Andes.

Unicef. "Escuelas como albergue". 2008. En línea: http://www.eird.org/cd/toolkit08/material/Inicio/escuela_albergue/escuela-albergue.pdf

Zuleta, Estanislao. *Educación y democracia; un campo de combate*. Bogotá: Corporación Tercer Milenio, 1995.

El núcleo esencial del derecho a la salud

Everaldo Lamprea Montealegre

Derecho fundamental a la salud
sistemas de salud
Costos económicos medicamentos
Tutela litigio
Pacientes



Objetivos de aprendizaje

- Presentar los debates en torno al *núcleo esencial* del derecho a la salud.
- Contextualizar los deberes de los Estados pobres o de ingreso medio respecto al derecho de la salud.
- Identificar los sistemas de salud del mundo y definir las características del sistema de salud colombiano.
- Discutir asuntos de justicia global relativos al alto costo de los medicamentos.
- Comprender las causas del litigio sobre el derecho a la salud en Colombia y debatir las consecuencias económicas de ese litigio.
- Considerar alternativas para reformar el sistema de salud que regula la Ley 100 de 1993.



Guía de estudio

Este capítulo explora el núcleo esencial del derecho a la salud a partir de dos preguntas básicas: a qué tenemos derecho cuando invocamos el derecho fundamental a la salud y cuáles son los límites de este derecho, si es que los hay. Al abordar dichas preguntas discutiremos casos concretos en los que la garantía del derecho fundamental a la salud entra en tensión con las limitaciones presupuestales de los sistemas de salud. Esta tensión entre derechos y costos económicos está en la base de los debates públicos y académicos en países que, como Colombia, pretenden hacer de la salud un derecho fundamental exigible judicialmente y no solo un derecho que los Estados deben garantizar de manera progresiva o dependiendo de los recursos económicos con los que se cuente.

Introducción

Imaginemos a tres personas con hepatitis C que viven en países muy distintos. Olaf, de Noruega, drogadicto desde hace años, contrajo el virus que la causa al compartir una jeringuilla con la que se inyectó; Vijay, de la India, fue infectado con hepatitis C durante una transfusión sanguínea de emergencia; Claudia, colombiana, entró en contacto con sangre infectada en una sesión de acupuntura en la que se usaron agujas sin esterilizar. Aunque estas tres personas no se conocen, comparten un virus potencialmente mortal.

Supongamos que esas tres personas se enteran por diferentes medios que en Estados Unidos acaba de salir al mercado una “droga milagrosa” para el tratamiento de su enfermedad. Esa droga para el tratamiento de la hepatitis C se llama Sovaldi® y es producida por la compañía estadounidense Gilead. Todos los estudios científicos coinciden en que Sovaldi es mucho más efectiva que el Interferón® para el tratamiento de dicha enfermedad. En diciembre de 2013, cuando la Food and Drug Administration (FDA) aprobó el Sovaldi, menos de la mitad de las personas que vivían con hepatitis C en Estados Unidos (aproximadamente 3,2 millones de personas) se curaban con los medicamentos existentes, especialmente con el Interferón. Gracias a Sovaldi, más del 90% de la población afectada por el virus de la hepatitis C sería curada. Adicionalmente, a diferencia de las consecuencias severas del Interferón –similares a las de una quimioterapia–, el tratamiento con Sovaldi tiene efectos secundarios muy leves y se completa en un período inferior a doce semanas¹.

Sin embargo, no todo parece ser milagroso con Sovaldi. Según Gilead –la compañía productora– cada dosis de esta droga llegaría al mercado con un precio superior a los mil dólares, lo que significa que el tratamiento completo de doce semanas superaría los 80 mil dólares, más de 250 millones de pesos colombianos.

Aunque el laboratorio Gilead ha sostenido que los costos del Sovaldi reflejan su inversión inicial en investigación y tecnología (también conocido como *Research and Development* o R&D), sistemas de salud tan distintos como el español y el estadounidense se niegan a pagar el precio inicial exigido por Gilead para el Sovaldi. En marzo de 2014, una comisión del Congreso de los Estados Unidos envió una carta a Gilead exigiendo explicaciones por el alto precio de esta droga².

Finalmente, supongamos que Olaf, Vijay y Claudia están a punto de realizar una petición para que sus respectivos sistemas de salud les suministren un tratamiento completo con Sovaldi. Las razones que exponen los tres pacientes divergen en puntos importantes. Olaf argumenta en su petición que el tratamiento con Interferón, pese a que probablemente tendrá resultados positivos a mediano plazo, genera efectos secundarios severos que afectan su salud física y mental: náuseas constantes, pérdida de cabello, depresión mayor, entre otros. Invocando la definición del derecho a la salud de la OMS y del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), entendida como “el disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” a una persona, Olaf considera que un sistema de salud de un país rico como

1 James Surowiecki, “Biotech’s Hard Bargain”. *New Yorker*, abril 2014.

2 Surowiecki, “Biotech’s Hard Bargain”.

Noruega debería garantizarle a uno de sus ciudadanos el mejor tratamiento médico disponible en el mercado. Por el contrario, el médico tratante de Olaf considera que cambiar el tratamiento de Interferón por el de Sovaldi no es recomendable, ya que el primer medicamento está dando resultados positivos razonables.

Las razones de Vijay son distintas a las de Olaf. Su sistema de salud le ha negado cualquier tipo de tratamiento moderno para la hepatitis C –incluyendo el Interferón– porque el daño hepático es tan severo que, según los médicos que lo atienden, a menos que Vijay sea tratado con Sovaldi su muerte es inminente. Pese a la gravedad de su condición, las posibilidades de que esta droga milagrosa salve la vida de Vijay son, según los estudios consultados por los especialistas, reales. En su petición Vijay expresa que no solo el núcleo esencial de su derecho a la salud sería vulnerado si el sistema de salud público de la India no le administra las dosis de Sovaldi, sino también su derecho a la vida.

Finalmente, Claudia fundamenta su petición invocando el derecho fundamental a la salud definido por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-760 de 2008. A diferencia de Vijay, actualmente Claudia recibe tratamiento con Interferón gracias a una tutela. No obstante, en repetidas ocasiones su médico tratante ha afirmado que dicho tratamiento no está teniendo el efecto

esperado en ella. Según el médico, las posibilidades de que Claudia desarrolle un cáncer hepático son altas. Debido a que la comunidad científica coincide en que para casos como el suyo el tratamiento más adecuado es Sovaldi, Claudia considera que, pese a que esta droga “milagro” no hace parte de los medicamentos cubiertos por su seguro de salud, el gobierno colombiano debe aportar los recursos económicos para que su Empresa Prestadora de Salud (EPS) le provea las dosis de Sovaldi.

En este capítulo se muestra por qué la colombiana Claudia tiene más probabilidades que el noruego Olaf y que el indio Vijay de recibir el tratamiento con Sovaldi, con base en tres factores interrelacionados: a) el *núcleo esencial* del derecho a la salud; b) los tipos de sistema de salud; c) los mecanismos judiciales para exigir medicamentos y tratamientos médicos.

Recuadro 1
La hepatitis C en el mundo

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en todo el mundo aproximadamente 150 millones de personas están infectadas con hepatitis C. Cada año se contagian con este virus alrededor de tres o cuatro millones de individuos, usualmente debido a transfusiones e inyecciones. La hepatitis C es la causa principal del 25% de los casos de cáncer de hígado. Aunque esta enfermedad cuenta con varios tratamientos farmacológicos –siendo el medicamento con Interferón el más usado–, anualmente mueren en el mundo más de 350 mil personas por enfermedades del hígado producidas por el virus de la hepatitis C.

Actividad 1
Para discutir

El gerente (CEO) del laboratorio farmacéutico Bayer, Marijn Dekkers, sostuvo que su compañía no está en la obligación de ofrecer medicamentos para el cáncer más baratos en países en vía de desarrollo como la India. Dekkers afirmó: “Nosotros no desarrollamos medicamentos para indios. Lo hacemos para pacientes occidentales que puedan pagarlo”. ¿Qué opina del comentario de Dekkers? ¿Si a Adidas no la obligan a vender sus zapatos más baratos en la India que en Alemania, por qué deberían obligar a Bayer a vender sus medicamentos oncológicos –o a Gilead su medicamento Sovaldi® para la hepatitis C– más baratos en la India o en Colombia que en los países ricos?

El núcleo esencial del derecho a la salud: ¿universal o fragmentado?

En 1990, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de las Naciones Unidas describió en la Observación General núm. 3 algunos de los componentes del núcleo esencial del derecho a la salud. Según este, para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976) de las Naciones Unidas, los Estados que

integran dicho pacto –entre ellos India, Noruega y Colombia– tienen que garantizar a todos los ciudadanos *niveles esenciales* de derechos como la salud, la educación o la vivienda. A manera de ejemplo, el CDESC mencionó que “los Estados parte en los que un número significativo de individuos esté privado de alimentación básica, servicios médicos esenciales, vivienda básica, o las formas más elementales de educación, está, *prima facie*, incumpliendo con las obligaciones del Pacto”³.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) incluye una provisión por la cual los Estados están obligados a garantizar estos derechos, incluyendo el derecho a la salud, solamente en la medida que tengan los recursos para hacerlo, sin retroceder en lo avanzado. Esta provisión es conocida como la *cláusula de progresividad*. Aunque la Observación General núm. 3 no elimina la cláusula de la progresividad incluida en el Pacto, sí la limita, al insistir en que el Estado debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos disponibles. Además, hace referencia a unas obligaciones mínimas que están relacionadas con el *núcleo esencial* del derecho. A este respecto, el Comité DESC sostiene: “Para que el Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a sus disposición en un esfuerzo por satisfacer, con



Marta Rojas.

carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. En 2000, el Comité DESC profirió la Observación General núm. 14, la cual precisa los componentes del núcleo esencial del derecho a la salud esbozados en la núm. 3 y considera –en consonancia con la definición de OMS– que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”⁴.

Adicionalmente, esta Observación desarrolla los cuatro elementos del núcleo esencial del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. 1) la *disponibilidad* depende de que cada Estado cuente con un número suficiente de establecimientos de salud –hospitales, centros médicos, etc.– que ofrezcan condiciones básicas de salubridad y que brinden atención médica esencial; 2) la *accesibilidad* se garantiza cuando los Estados parte ponen a disposición de la totalidad de la población dichos establecimientos médicos, sin discriminación alguna; 3) la *aceptabilidad*, por su parte, se concreta cuando los establecimientos de salud respetan la ética médica, los requisitos de género y la cultura de las minorías; finalmente, 4) la *calidad* de hospitales y centros médicos depende de que estos cuenten con niveles científicos adecuados, personal capacitado y equipo hospitalario moderno.

Aunque en sus observaciones el Comité DESC clarificó muchos aspectos del núcleo fundamental del derecho a la salud, todavía subsisten dudas sobre qué tan comparable es el núcleo esencial del derecho a la salud entre

Actividad 2 Para discutir

¿Quién cree que tiene más posibilidades de recibir las dosis de Sovaldi®: el noruego Olaf, el indio Vijay o la colombiana Claudia? Exponga sus argumentos teniendo en cuenta el nivel de desarrollo del país, los casos concretos de las tres personas, los tipos de sistema de salud de cada país, entre otros factores.

3 Naciones Unidas - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones generales aprobadas por el Comité DESC*, “Observación General núm. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 1990. En línea: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

4 Naciones Unidas - Comité DESC, “Observación General núm. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. En línea.

países tan contrastantes como Noruega, India y Colombia. Por ejemplo, para un ciudadano noruego como Olaf las expectativas respecto de lo que constituye el núcleo esencial del derecho a la salud pueden ser mucho más altas que las de un ciudadano de un país de ingreso medio (Colombia) o bajo (India). Mientras Olaf considera que el núcleo esencial del derecho a la salud se garantiza solo cuando un hospital público le brinda de manera gratuita la mejor atención y tecnología médica disponible para cualquier tipo de enfermedad, independientemente del costo, según Vijay su núcleo esencial del derecho a la salud está protegido cuando recibe antibióticos básicos o cuando puede entrar, así sea por cinco minutos, al consultorio de un médico.

Basados en estas percepciones diferentes sobre el núcleo esencial del derecho a la salud, podría argumentarse que este no es un concepto universal, sino que depende de factores como el desarrollo económico, la cultura, la geografía, los valores, el género, etc. De este modo, a países pobres como la India solo se les puede exigir un cumplimiento mínimo del núcleo esencial del derecho a la salud, por ejemplo, a través de la implementación de programas de vacunación, nutrición, sanidad básica, control de enfermedades infecciosas o de políticas públicas para promocionar la salud materno-infantil. A países de ingreso medio como Colombia se les podría exigir un cumplimiento más alto del núcleo esencial del derecho a la salud que el exigible a la India. Por ejemplo, a través de políticas para garantizar la cobertura universal del sistema de salud. A países como Noruega se les podría exigir no solo lo que se le pide a Colombia, sino que, con objeto de satisfacer el núcleo esencial del derecho a la salud, garantice a todos sus ciudadanos el “más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (OMS). Esto implicaría tener los mejores programas de salud preventiva, así como la última tecnología médica disponible para todo tipo de enfermedades no transmisibles (ENT) y crónicas.

Sin embargo, esta fragmentación del núcleo esencial contradice la aspiración de universalidad de los derechos humanos⁵ y genera de este modo un derecho a la salud

de primera (Noruega), segunda (Colombia) y tercera categoría (India). Y, lo que es todavía más importante, la fragmentación del núcleo esencial del derecho a la salud desconoce que la carga de la enfermedad global no está organizada de acuerdo con el desarrollo económico de los países. Cada vez menos puede afirmarse que existen enfermedades propias del primer mundo –como se pensaba del cáncer, la obesidad y de las enfermedades transmisibles genéticamente– y otras del tercer mundo, como las tropicales o las infectocontagiosas. Por el contrario, enfermedades no transmisibles o crónicas como el cáncer, la diabetes, la falla renal o hepática y los problemas coronarios empiezan a ganar cada vez más terreno en países en vías de desarrollo, como la India o Colombia. Tal es la conclusión de la Observación General núm. 14, según la cual, “enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/Sida), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud⁶”.

Actividad 3 Para reflexionar

¿Cree usted que el núcleo esencial del derecho a la salud varía dependiendo del grado de desarrollo de cada país? Por ejemplo, mientras que para un noruego como Olaf los niveles de *calidad* y *accesibilidad* de los hospitales deben ser muy altos –como tecnologías médicas de última generación para todo tipo de enfermedades crónicas– para un indio como Vijay los niveles de calidad y accesibilidad exigibles a su gobierno pueden ser comparativamente muy bajos –contar con gasas y antibióticos, por ejemplo–. Si esto es así, ¿el núcleo esencial del derecho a la salud exigible en Noruega es distinto al de la India o Colombia?

¿No sería esto contradictorio con la misma idea del núcleo esencial, el cual en principio no debe depender del grado de desarrollo de un país?

5 Katherine Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”. *Yale Journal of International Law*, 33 (2008): 113.

6 Naciones Unidas - Comité DESC, “Observación General núm. 14”.

Las mismas Naciones Unidas han alertado sobre la prevalencia de enfermedades no transmisibles, como el cáncer o la diabetes, en países en vías de desarrollo. Así lo sostiene Kate Allen, una de sus expertas: “En este momento hay 7 millones de casos de cáncer diagnosticados en el mundo en desarrollo y esa cifra aumentará dramáticamente. A menos que actuemos ahora para prevenir el cáncer y otras enfermedades no transmisibles, los proyectos de caridad para los países pobres no serán para desastres o hambrunas, sino para el tratamiento del cáncer”⁷.

¿Significa lo anterior que en los países de ingreso bajo y medio –como la India y Colombia, respectivamente– el acceso a medicamentos y tratamientos para ENT como el cáncer o la diabetes han entrado a formar parte del núcleo esencial del derecho a la salud? Si esto es así, estamos ante malas noticias. La mayoría de países con ingreso bajo o medio no podrían cumplir con las obligaciones del núcleo esencial del derecho a la salud, debido a los altos costos de los medicamentos y tratamientos médicos para dichas enfermedades.

Por estas razones, a primera vista sería Olaf quien tendría más chance de recibir el tratamiento de Sovaldi por parte de su sistema de salud. Sin embargo, esta posibilidad empieza a diluirse, una vez estudiamos con más detenimiento el funcionamiento del sistema de salud noruego. Pese a ser uno de los países más ricos del mundo, es muy probable que las autoridades del sistema de salud noruego nieguen la solicitud de Olaf y concluyan, como lo hizo su médico tratante, que la alternativa más indicada para él es mantener el tratamiento con Interferón. Pasemos a continuación a discutir ese punto.

Los sistemas de salud en el mundo y en Colombia

Todos los sistemas de salud, aun los de los países más desarrollados como Noruega, tienen recursos limitados que deben distribuir y priorizar de manera eficiente para cubrir las necesidades de la población. Aunque existe una variedad de clasificaciones, podríamos hablar a grandes rasgos de cuatro grandes grupos de sistemas de salud:

a) sistemas públicos nacionales, b) sistemas de aseguramiento social, c) sistemas de competencia regulada o *managed care* y d) sistemas mixtos públicos/privados⁸.

Los *sistemas públicos nacionales* son aquellos en donde la financiación pública o estatal, realizada usualmente a través de los impuestos, es la característica primordial. En muchos de estos sistemas de salud el Estado monopoliza el aseguramiento y prestación de los servicios médicos. Aunque puede haber hospitales y sistemas de aseguramiento privados, estos representan un porcentaje mínimo del sector salud. Algunos de los países que tienen este tipo de sistema de salud son Noruega, Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Costa Rica, Suecia, entre muchos otros. En los *sistemas de aseguramiento social* el Estado busca garantizar la cobertura universal a través de un esquema de solidaridad, de subsidios cruzados y de participación de prestadores y aseguradores privados del servicio de salud, pero siempre bajo el control regulatorio del Estado. Ejemplos de estos esquemas son los sistemas de salud de Colombia, Israel, Holanda, Taiwán y Hungría⁹.

En los *sistemas de competencia regulada* o de *managed competition* se presenta, según autores como Enthoven¹⁰, una estrategia de reglas de mercado derivada de principios macroeconómicos, para premiar con más afiliados y ganancias a las empresas privadas de salud que presten un mejor servicio, rebajen los costos y satisfagan a los pacientes. Ejemplos muy conocidos de este modelo se encuentran en Estados Unidos y Chile. Finalmente, en los *sistemas mixtos públicos/privados* coexisten un sector de salud público con un sector privado de aseguradores

8 Véanse Coleen Flood y Aeyal M. Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Debate: A Global Comparative Study* (Cambridge University Press, 2014); Colleen M. Flood y Amanda Haugan, “Is Canada Odd? A Comparison of European and Canadian Approaches to Choice and Regulation of the Public/private Divide in Health Care”, *Health Economics, Policy and Law*, 5, núm. 3 (2010): 319; Valerie Paris, Marion Devaux y Lihan Wei, “Health Systems Institutional Characteristics: A Survey of 29 OECD Countries” (OECD Health Working Papers, 2010).

9 Véanse Flood y Gross, *The Right to Health*. Para una definición de los sistemas de aseguramiento social, véase Flood y Haugan, “Is Canada Odd?”; y Paris, Devaux y Wei, “Health Systems Institutional Characteristics”. Para una definición del sistema de salud colombiano como un caso de aseguramiento social, véase Everaldo Lamprea, “Colombia’s Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform”, en Coleen Flood y Aeyal M. Gross, *The Right to Health*.

10 Véase Alain C. Enthoven, “The History and Principles of Managed Competition”, *Health Affairs*, 12, núm. supl. 1 (1993): 24-48.

7 United Nations Summit on Non-Communicable Diseases (NCD), World Cancer Research Fund, “Once in a Generation Chance for 2.8 million preventable cancers”. En línea: http://www.wcrf.org/PDFs/press_release_wcrf_unsummit.pdf

Cuadro 1 Los sistemas de salud en el mundo y sus características

Tipo de sistema de salud	Ejemplos	Características
Sistemas públicos nacionales	Noruega, Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Costa Rica, Suecia.	El Estado monopoliza gran parte del sector salud. Sistema financiado a través de impuestos.
Sistemas de aseguramiento social	Colombia, Israel, Holanda, Taiwán y Hungría.	El Estado regula el sector de la salud donde participan aseguradores y prestadores privados. Existencia de subsidios entre ricos y pobres y de esquemas de solidaridad para alcanzar cobertura universal.
Sistemas de competencia regulada o <i>managed care</i>	Chile y Estados Unidos.	Primacía de modelo de mercado. Privatización de servicios de salud. Esquemas de competencia que incentivan eficiencia.
Sistemas mixtos público/privados	India, Sudáfrica, Brasil, Nigeria y Venezuela.	Coexistencia de un sector público con un sector privado de salud. Usualmente, el sector público tiene problemas financieros y de cobertura, mientras que el sector privado ofrece servicios de mejor calidad para personas con capacidad de pago.

Fuente: Flood y Gross, *The Right to Health*, y elaboración del autor.

y proveedores. Como muestran Flood y Gross, en este tipo de sistemas el sector privado ofrece, por lo general, mejores servicios a quienes pueden pagar por paquetes de medicina privada, usualmente sectores de ingreso medios y altos. Por el contrario, el sector público tiene frecuentemente serios problemas de financiación y de cobertura. Ejemplos de estos sistemas son la India, Sudáfrica, Brasil, Nigeria y Venezuela¹¹.

Independientemente del grupo al que pertenezcan, si comparamos los datos sobre salud pública de Noruega, Colombia y la India, las diferencias saltan rápidamente a la vista. En primer lugar, el sistema de salud de Noruega tiene que atender las necesidades de algo más de 5 millones de habitantes y el colombiano las de 48 millones. Mucho más impactante es el caso del sistema de salud de la India, el cual tiene que brindar servicios a más de 1.200 millones de habitantes en un territorio aproximadamente 200 veces mayor que Noruega. Por otra parte, de acuerdo con el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de las Naciones Unidas, Noruega ocupa el primer puesto en el ranking de un total de 187 países. Colombia y la India ocupan el puesto 91 y 136, respectivamente¹². Mientras

la expectativa de vida en la India es de 56 años, la de Colombia es 76 y la de Noruega es 81. La India ostenta uno de los peores porcentajes de mortalidad de niños menores de 5 años: 72 por cada 1.000 nacimientos. La de Noruega es de 4 y la de Colombia es 20.

En el Cuadro 2 se resumen algunas variables con las que se pueden comparar los sistemas de salud de Noruega, la India y Colombia. Como se puede ver, en cuanto al gasto total de salud como porcentaje del PIB, gasto privado en salud y gasto público por persona (*per capita*), Noruega tiene un sistema de salud ejemplar, mientras que el colombiano es promedio y el indio muy deficiente.

Sin embargo, aun los sistemas de salud de países ricos, muy desarrollados y con políticas sólidas de redistribución como Noruega tienen que fijar límites y, en ocasiones, negarse a proveer un fármaco o una terapia basados en argumentos de costo-efectividad o equidad. Así, pese a que el gobierno de Noruega invierte en promedio casi US\$5 mil dólares en un ciudadano como Olaf –mientras que el gobierno colombiano invierte solo US\$462 y el indio US\$43–, es altamente probable que el comité médico que estudie su petición se niegue a adquirir Sovaldi® para el tratamiento de su hepatitis C. Las razones que llevarían al comité médico a negar la petición de Olaf las explican dos académicos noruegos, Norheim y Gloppen. Como

11 Flood y Gross, *The Right to Health*.
12 Véase Naciones Unidas, *Human Development Index*. En línea: <http://hdr.undp.org/en/statistics/hdi>

Cuadro 2 Gasto en salud (2012)

País	Gasto total en salud (% del PIB)	Gasto privado en salud (% del gasto total)	Gasto público en salud por persona
Noruega	9%	14,9%	US\$4,859
Colombia	6,8%	24,2%	US\$462
India	4,1%	66,9%	US\$43,8

Fuente: OMS, Global Health Observatory (<http://www.who.int/gho/countries/ind/en/>).

muestran estos autores¹³, al momento de establecer si el tratamiento con Sovaldi debería ser aprobado para el caso de Olaf, cualquier comité médico o científico noruego estudiaría los siguientes cuatro puntos: 1) la severidad de la enfermedad si no se administra el tratamiento; 2) la efectividad de la intervención o medicamento; 3) el costo-efectividad de la intervención o medicamento; 4) la calidad de la evidencia de los puntos 2 y 3.

Como se recordará, Olaf recibe en este momento un tratamiento con Interferón que está dando, según su médico tratante, los resultados esperados. Por tanto, a) si no se administra el tratamiento con Sovaldi su enfermedad no se agravará. Respecto a este punto, es claro que Olaf quiere recurrir al Sovaldi para evitar los efectos secundarios del Interferón, más no porque el tratamiento actual no esté dando resultado. Así mismo, b) aunque la efectividad de la intervención con Sovaldi pueda ser mayor que la del Interferón, el cambio de medicamento podría tener efectos no deseados. Por esa razón, ni el médico tratante ni el comité recomendarían pasar el paciente a Sovaldi. Por otra parte, c) la relación costo-efectividad del tratamiento con Interferón es mucho mayor que para el Sovaldi, un medicamento de alto costo que, de ser administrado a Olaf, constituiría un gasto innecesario para el sistema de salud Noruego, basado en la distribución equitativa de recursos, esto es, en repartir de manera justa recursos escasos de salud. En caso de que Olaf insista en obtener Sovaldi, no le queda más alternativa que utilizar dinero de su bolsillo para comprar o importar el medicamento. Como lo muestra la literatura sobre los sistemas públicos de salud en países nórdicos o en



Julio César González-Matador.

Inglaterra¹⁴, en un caso como este ningún juez aceptaría una demanda presentada por un paciente que insiste en obtener un medicamento costoso que un comité médico consideró inadecuado luego de un análisis de costo, eficiencia y equidad.

El caso de Vijay es el más dramático. A diferencia de Olaf, Vijay cuenta con argumentos de peso para mostrar que el tratamiento con Sovaldi es necesario para preservar el núcleo esencial de su derecho a la salud. Sin embargo, el sistema de salud público indio tiene tantos problemas de financiación, equidad y cobertura que no es factible que acepte la petición de Vijay, quien como Olaf tampoco cuenta con mecanismos judiciales efectivos para contravenir la decisión del sistema de salud. Por último, Claudia

13 Siri Gloppen y Ole Frithjof, “Litigating for Medicines: How Can We Assess Impact on Health Outcomes”, en Siri Gloppen y Alicia Yamin (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (Harvard Law School, 2011).

14 Ana-Sarah Lind, “The Right to Health in Sweden”, en C. M. Flood y Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/private Divide: A Global Comparative Study* (Cambridge University Press, 2014); Christopher Nedwick, “Promoting Access and Equity in Health: Assessing the National Health Service in England”, en Flood y Gross, *The Right to Health*.

parece ser la paciente que tiene más probabilidades de obtener su tratamiento con Sovaldi. En primera instancia, es muy probable que el Comité Técnico Científico (CTC) de su EPS se niegue a admitir su petición, alegando que el Sovaldi no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS) –es decir, cubierto por el seguro de salud–, o argumentando que ya se le está administrando el medicamento indicado para el tratamiento de la hepatitis C: el Interferón. Como lo mostró un estudio de la Universidad de los Andes, los CTC han tenido muchos problemas para desarrollar criterios de equidad y costo-efectividad similares a los descritos por Norheim y Gloppen para el caso de Noruega¹⁵. De este modo, no es esperable que el CTC de la EPS de Claudia llegue a conclusiones sólidas en términos científicos sobre su petición. Ante este escenario, a diferencia de Vijay y Olaf, Claudia tiene una herramienta poderosa en la acción de tutela para proteger su derecho a la salud y persuadir a un juez de que ordene a la EPS que administre el Sovaldi y luego busque recobrar su inversión con el gobierno.

Pasemos a explorar con más detenimiento el derecho a la salud en Colombia y el mecanismo judicial de la tutela, que podría darle a Claudia su tratamiento de Sovaldi.

La salud como derecho y como sistema en Colombia

Si existiera un mundial del derecho a la salud, Colombia sería el campeón indiscutible. Brasil, el país que hasta hace relativamente poco era considerado como el campeón mundial¹⁶, se desdibuja cuando se compara con Colombia. Una investigación muestra que en 2008 se interpusieron en Colombia 15 veces más acciones judiciales para acceder a servicios y productos médicos que en el estado brasileiro más litigioso, y 32 veces más que en Costa Rica¹⁷. Mientras durante el período 2009-2011 se pre-

15 Tatiana Andia, Santiago Téllez y Everaldo Lamprea, *The Case of Technical Scientific Committees within EPS* (World Bank, Universidad de los Andes, 2012).

16 Varun Gauri y Daniel M. Brinks, "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World", en Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World* (Cambridge University Press, 2008).

17 Ottar Moestad, Octavio Ferraz y Lise Rakner, "Assesing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa", en Gloppen y Yamin (eds.), *Litigating Health Rights*, 273-304.



Marta Rojas.

sentaron en Colombia 300.939 nuevas acciones judiciales que exigían acceso a servicios médicos y drogas, en Brasil –un país con una población cuatro veces mayor que la colombiana– se instauraron 34.500 acciones judiciales de este tipo¹⁸. Todavía más marcado es el contraste del caso colombiano con el argentino, el sudafricano o el indio¹⁹.

Como puede verse en el Cuadro 3, durante el período 1999-2013 más de un millón de colombianos utilizaron la tutela para reclamar medicamentos, tratamientos médicos, exámenes, etc. En 2008, la tutela del derecho a la salud se convirtió en el mecanismo judicial más utilizado por los colombianos, por encima del derecho de petición. Durante ese año aproximadamente uno de cada 300 colombianos utilizó la tutela para exigir drogas y otros servicios de salud. Durante 1999-2010, hubo 177.755 demandantes de tutela que solicitaron un procedimiento

18 Véase Ministério da Saúde, *Portal da Saúde*. En línea: <http://portalsaude.saude.gov>

19 Mientras en 2008, de un millón de colombianos, 3.289 litigaron el derecho a la salud, las cifras en Argentina son de tan solo 29 personas, mientras que en Sudáfrica es de 0,3 y en la India de apenas 0,2.

Cuadro 3 Crecimiento del litigio en salud (1999-2013)

Año	Número de tutelas	Participación	Crecimiento anual	Salud	Total
	Salud	Total			
1999	21.301	86.313	24,68%	-	-
2000	24.843	131.764	18,85%	16,63%	52,66%
2001	34.319	133.272	25,75%	38,14%	1,14%
2002	42.734	143.887	29,70%	24,52%	7,96%
2003	51.944	149.439	34,76%	21,55%	3,86%
2004	72.033	198.125	36,36%	38,67%	32,58%
2005	81.017	224.270	36,12%	12,47%	13,20%
2006	96.226	256.166	37,56%	18,77%	14,22%
2007	107.238	283.637	37,81%	11,44%	10,72%
2008	142.957	344.468	41,50%	33,31%	21,45%
2009	100.490	370.640	27,11%	-29,71%	7,60%
2010	94.502	403.380	23,43%	-5,96%	8,83%
2011	105.947	405.359	26,14%	12,11%	0,49%
2012	114.313	424.400	26,94%	7,90%	4,70%
2013	115.147	454.500	25,33%	0,73%	7,09%
TOTAL	1.089.864	3.555.120	30,66%		

Fuente: Defensoría del Pueblo.

quirúrgico, seguidos de cerca por 176,806 individuos que exigieron un producto farmacéutico.

¿Cómo empezó y se desarrolló la historia del derecho a la salud en Colombia?

Durante la primera etapa del derecho a la salud en Colombia (1991-1997), el VIH/Sida jugó un papel protagónico. La sentencia inaugural de la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la salud (T-484 de 1992), una de las primeras providencias fallada por esa corporación en su historia, abordaba el caso de una persona con VIH/Sida. El tutelante, Alonso Muñoz, estaba infectado con el virus y el Instituto de Seguros Sociales (ISS) le había suspendido el tratamiento médico. En la Sentencia T-484 la Corte concluyó que el derecho a la salud debía ser protegido cuando los derechos a la vida, a la integridad personal o a la dignidad del demandante estuvieran amenazados.

De este modo, la Corte ordenó al ISS la continuación del tratamiento médico de Muñoz²⁰. Lo que se inició con un litigio enfocado en el VIH/Sida se extendió durante la segunda etapa (1997-2008) a muchas otras afecciones médicas, como cáncer, artritis, hemofilia, enfermedades neurológicas, hepatitis C, falla hepática, diálisis, quimioterapia, radioterapia, trasplantes, cirugía plástica reconstructiva, prótesis, etc.²¹.

20 Esta sentencia hace parte del período fundacional de la jurisprudencia de la Corte en materia de salud. Véanse, además, fallos de 1992 como las Sentencias T-522. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-571. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, T-499. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-505 y T-548. M.P. Ciro Angarita Barón. El mejor análisis de esta jurisprudencia se halla en Diego López, “Sistema de salud y derecho a la salud: historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional” (Bogotá: ACEMI, 2008).

21 Véanse, entre muchas otras sentencias sobre tratamientos No POS, las siguientes: T-1387 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-755 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda, T-822 de 2007. M.P. Jaime

En 2008, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda, profirió la Sentencia T-760, la cual ha dominado el debate durante la *tercera etapa* del derecho a la salud en Colombia (2008-2014). En el fallo, la Corte sistematizó su vasto precedente sobre el derecho a la salud, mostrando cómo la evolución de este precedente conduce a la conclusión de que la salud es un derecho fundamental autónomo. Esto es, un derecho cuya exigibilidad por vía de tutela no depende de la conexidad que pueda establecerse con derechos fundamentales “nominados” tales como la vida o la dignidad humana. Adicionalmente, el fallo T-760 concluyó que, pese a que el derecho a la salud crea deberes programáticos que el gobierno ha de ejecutar progresivamente, también crea deberes que han de ser cumplidos de manera inmediata.

La Sentencia T-760 de 2008 estipuló un total de 32 órdenes. Las primeras 16 ordenan a un número de EPS que presten servicios de salud y medicamentos a los 22 accionantes de tutela cuyos casos fueron seleccionados por la sala; y las restantes 16 están dirigidas al Ministerio de Salud, a la entonces Comisión de Regulación en Salud (CRES), hoy en liquidación²², a la Superintendencia de Salud y a otros órganos estatales, como el Consejo Superior de la Judicatura. Estas órdenes cubren una amplia gama de medidas regulatorias que la Corte consideró indispensables para reducir los incentivos del crecimiento del litigio y de la violación del derecho fundamental a la salud²³.

Córdoba Triviño, T-018 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-328 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz, T-059 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1325 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-597 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-398 de 2004. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-412 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-569 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-427 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, T-1214 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

22 Mediante el Decreto 2560 de 2012, el gobierno nacional suprimió y ordenó la liquidación de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y trasladó sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social.

23 Según este fallo, “durante más de una década las personas han tenido que acudir a la acción de tutela para que la justicia resuelva controversias que habrían podido ser dirimidas de manera general por los órganos competentes de regulación. Este fenómeno constituye un claro indicio acerca de las fallas en la regulación del sistema de salud, lo cual a su vez es el fundamento de las órdenes generales atinentes a corregir dichos problemas. Por esta razón, las decisiones que adopten los órganos de regulación encaminados a cumplir la presente sentencia deben necesariamente conducir a un resultado que facilite el acceso de las personas a los servicios de salud y que

¿Qué factores incentivaron el crecimiento acelerado de la tutela en salud en Colombia, cuyos niveles no se registran en ningún otro lugar del mundo?

Varios autores coinciden en que la causa principal de este fenómeno fue la baja capacidad regulatoria, de control y de vigilancia del sistema de salud colombiano, tal como quedó definido en la Ley 100 de 1993²⁴. La reforma al sistema de salud impulsada por la Ley 100 es un ejemplo de una política pública implementada como un experimento social a gran escala basado en el ensayo y error²⁵. El grado de error de la reforma ha sido objeto de un debate que ganó impulso en los últimos años debido a la crisis por la que atraviesa el sistema de salud. Esta ha incentivado al gobierno de Juan Manuel Santos a plantear una reforma estructural de este sector. No obstante, este debate no puede desconocer el impacto positivo de la Ley 100 en áreas como la ampliación de la cobertura, la reducción de gastos de bolsillo por parte de los usuarios, los efectos redistributivos de los subsidios a los más pobres y el crecimiento del gasto público en salud en el país.

Sin embargo, las fallas regulatorias, de control y de vigilancia del sistema de salud creado por la Ley 100 de 1993 han tenido consecuencias negativas de diverso tipo. Por ejemplo, entidades como el Ministerio de Salud y la Superintendencia permitieron que un número considerable de EPS obstaculizaran o impidieran el acceso a medicamentos y tratamientos médicos incluidos en el POS²⁶. Como es sabido, la acción de tutela fue el único mecanismo disponible para que cientos de miles de usuarios obtuvieran el tratamiento médico que las EPS negaban,

eventualmente disminuya la proporción de tutelas presentadas para ello”.

24 César Rodríguez Garavito, “Justicia y salud en Colombia: retos y oportunidades creadas mediante la intervención de los jueces”, en Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez (eds.), *Libro blanco en salud: logros, retos y recomendaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012); Alicia Yamin, Óscar Parra Vera y Camila Gianella, “Colombia: Judicial Protection of the Right to Health”, en Yamin y Glöppen, *Litigating Health Rights*; Lamprea, “Colombia’s Right-to-Health Litigation”.

25 Norman Daniels, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly* (Cambridge University Press, 2008).

26 El Plan Obligatorio de Salud (POS) se define a partir de la lista de medicamentos y tratamientos incluidos en el aseguramiento básico de salud. En el ejemplo, el Interferón está en el POS, pero no ocurre lo mismo con el Sovaldi. Una porción de las tutelas pide que las EPS entreguen lo que efectivamente está en el POS; otras piden, como en el caso de Claudia, que se amplíe lo que contiene el POS.

pese a ser parte del POS. No es gratuito, pues, que esta falla en la implementación de la Ley 100 haya sido uno de los principales motores de la tutela en salud en Colombia durante los últimos veinte años.

Otro problema regulatorio importante fue la falta de actualización de la lista de medicamentos a que tienen derecho las personas aseguradas en el POS. Entes regulatorios como el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y, posteriormente, la CRES tuvieron un muy mal desempeño en lo que respecta a la actualización del POS. Solo hasta 2011, y a instancias de la Corte Constitucional, el gobierno nacional a través de la CRES realizó una actualización integral del POS.

Uno de los efectos nocivos de dicha falta fue que, mientras un número creciente de medicamentos y tratamientos médicos que debían hacer parte del POS permanecían excluidos, otro número de servicios médicos obsoletos seguía haciendo parte del mismo. Los pacientes que exigían medicamentos y servicios médicos excluidos del POS encontraron en la tutela el único mecanismo efectivo para convencer a las EPS de que los otorgaran. Este fenómeno fue otro de los motores del crecimiento de la tutela en salud durante los últimos años.

Pero, por otra parte, el crecimiento del llamado “No POS” tuvo efectos financieros negativos. Las empresas aseguradoras reciben una suma fija (del gobierno, los empleadores y los empleados) por cada persona asegurada y a partir de esta deben cubrir todo lo que está en el POS. Si un juez ordena un medicamento o tratamiento No POS, el Estado debe pagarlo mediante una figura llamada “Recobro”. La EPS brinda el tratamiento o medicamento y luego lo recobra al Estado. Al exigir las EPS recobros al gobierno por concepto de esos medicamentos y tratamientos No POS, de precios muy altos, y al ordenar los jueces medicamentos y tratamientos por fuera del POS, el impacto en las finanzas del Estado fue importante. Sin embargo, de haberse actualizado el POS de manera más dinámica, varias de las nuevas drogas para el tratamiento del cáncer habrían podido estar incorporadas, disminuyéndose de esta manera el impacto financiero de los recobros.

Otra falla regulatoria que contribuyó a magnificar el impacto negativo de los recobros de las EPS fue la desregulación de precios de los medicamentos incentivada por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos (CNPM).

Al no haber regulación, las farmacéuticas empezaron a vender en Colombia sus productos a precios extraordinariamente altos, lo cual aumentó el costo de los recobros y en general de la salud en Colombia.

Finalmente, otro problema ha sido la ausencia durante muchos años de un mecanismo de resolución de conflictos entre los usuarios, las EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS, como hospitales y centros de salud). Pese a que la Ley 100 concibió una serie de mecanismos para la resolución no judicial de conflictos, lo cierto es que dichos mecanismos no funcionaron de manera adecuada. Ello sucedió, por ejemplo, con los comités técnicos científicos que debían considerar las solicitudes de los pacientes a las EPS, pero que nunca funcionaron bien. Otros mecanismos nunca fueron implementados realmente, como ocurrió con las facultades de resolución de conflictos de la Superintendencia de Salud. De este modo, el grueso de los conflictos entre pacientes, EPS e IPS no se tramitó de manera administrativa, sino judicial, a través de la tutela, lo cual ha sobrecargado el sistema de justicia.

Las consecuencias económicas del derecho a la salud

En Colombia, los pacientes como Claudia que viven con hepatitis C exigen a las EPS, a través de la tutela, que les brinden medicamentos distintos al Interferón –el más indicado para este tipo de patologías–, los cuales, según sus médicos tratantes, son más efectivos y sofisticados. Muchos de estos productos son también más costosos que el Interferón y se encuentran excluidos del POS. Como puede verse en el Recuadro 2 sobre el medicamento Peg Intron, existe una línea jurisprudencial que favorece la pretensión de Claudia de obtener el Sovaldi. Entonces, es probable que un juez de tutela resuelva el caso de Claudia ordenándole a la EPS que administre el tratamiento. Por su parte, la sentencia del juez titularía a la EPS a obtener un reembolso –el recobro– por parte del gobierno, el cual asumiría los costos totales o parciales del tratamiento.

Aunque debemos celebrar que, a diferencia de países como Noruega o la India, en Colombia una paciente como Claudia pueda obtener a través de la acción tutela un medicamento para garantizar una mejor calidad de vida, también debemos ponderar las consecuencias económicas de este tipo de fallos. Así como ocurre con los

volúmenes de litigio, el gasto público creado por el litigio en salud en Colombia tampoco parece tener un referente en la región o en el mundo. Entre 2005 y 2010, según algunas estimaciones, el gobierno colombiano pagó un total aproximado de tres mil doscientos millones de dólares por gastos asociados a litigios en salud de tutelas y decisiones de los comités técnicos científicos de las EPS²⁷. En contraste, de acuerdo con datos recientes del Ministerio de Salud de Brasil, el gobierno federal pagó una suma ocho veces menor por costos de litigio en salud durante el mismo período (aproximadamente US\$370 millones)²⁸.

Para ilustrar este punto, analicemos el caso del cáncer en Colombia, para luego discutir otras enfermedades menos comunes, como la hemofilia o el síndrome de Gaucher. De acuerdo con un estudio de Observamed, en 2008 el gasto público por concepto de apenas cinco medicamentos para el cáncer ascendió a US\$101 millones. Esta cifra representó aproximadamente 15% del gasto público total en drogas durante 2008. En la mayoría de los casos los pacientes utilizaron la tutela para exigir el acceso a estos medicamentos.

Ahora miremos el caso de otras patologías menos prevalentes que el cáncer. Por ejemplo, de acuerdo con datos recogidos por la Asociación Colombiana de Hemofilia²⁹, entre 2.500 y 3.000 personas viven actualmente con hemofilia en el país. Pese al número relativamente pequeño de personas en esta condición médica, el gasto gubernamental de los medicamentos que requiere su tratamiento es considerable. Un estudio publicado por Observamed concluyó que durante 2009 el gobierno invirtió un total de US\$20 millones anuales por los recobros –principalmente de tutela– de Novoseven®, uno de los medicamentos más utilizados para tratar la hemofilia³⁰.

27 Jairo Núñez, Juan Gonzalo Zapata, Carlos Castañeda, Milena Fonseca y Jaime Ramírez, *La sostenibilidad financiera del sistema de salud colombiano. Dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro* (Bogotá: Fedesarrollo, 2012).

28 Véase Ministério da Saúde.

29 Entrevista con el Dr. Sergio Robledo, presidente de la Asociación Colombiana de Hemofilia, realizada el 24 de octubre y el 10 de noviembre de 2011.

30 *Boletín Informática & Salud - Boletín del Consumidor de Medicamentos*. "Análisis de recobros con Factor VIIaR muestra sobrecostos importantes y dominancia de pocas EPS en el beneficio". Observamed, 18/24-10-2010. En línea: http://www.med-informatica.net/BIS/BisBcm43de2010_18a24oct10.htm

Recuadro 2

El caso de Peg Intron®

En 2007, la Corte Constitucional (Sentencia T-044) decidió el caso de una paciente que exigía que su EPS le suministrara Peg Intron, un medicamento de alto costo para el tratamiento de la hepatitis C. Debido a que Peg Intron se encuentra excluido del POS, la EPS argumentó que no tenía obligación alguna de brindarle dicho medicamento a la paciente, ya que dentro del POS existen sustitutos terapéuticos como el Interferón. En su demanda, la paciente argumentó que no tenía capacidad para pagar con recursos propios la dosis mensual de ese medicamento. Sin embargo, al comparar el precio mensual del medicamento con los ingresos de la paciente y su esposo se advierte lo siguiente: 1) el costo mensual en pesos del medicamento es de \$3.200.000; 2) los ingresos anuales de la familia ascendían a 75 millones de pesos; 3) la compra anual del medicamento significaría una reducción de más de la mitad de los ingresos de la familia. En este caso concreto, la Corte decidió darle la razón a la demandante debido a que "la compra mensual del medicamento Peg Intron ampolleta x 100 mg, afecta en forma desproporcionada la capacidad económica del accionante y se constituye en una carga que no puede soportar de manera continua, so pena de afectar el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar". Por tal razón, la Corte ordenó a la EPS suministrar el medicamento, el cual luego sería reembolsado a la EPS con recursos públicos.

1. ¿Cree usted que la decisión de la Corte fue la correcta?
2. ¿Debió la familia de la paciente haber hecho un esfuerzo adicional –colectas, rifas, etc.– para adquirir el Peg Intron?



Oficina de Comunicaciones y Marca- Uniaandes.

Cuadro 4
Desembolsos del gobierno
a EPS por drogas oncológicas (2008)

Medicamento oncológico	Recobros pagados por el gobierno en US\$ de 2008
Mabthera® (Roche)	40.664.714
Glivec® (Novartis)	22.784.599
Herceptin® (Roche)	19.982.216
Avastin® (Roche)	10.084.965
Sandostatin® (Novartis)	8.048.569
Total	101.565.063

Fuente: Observamed.

El caso de otra enfermedad no común, el síndrome de Gaucher, es todavía más ilustrativo que el de la hemofilia. Los resultados de un estudio cuantitativo realizado por Fedesarrollo muestran que para 2008 apenas 84 colombianos vivían con síndrome de Gaucher (fase 1) en Colombia. Este estudio proyectaba que para los próximos quince años (2008-2023) se presentarían entre 67 y 132 nuevos casos³¹. Sin embargo, el Cerezyme® –el fármaco más indicado para el tratamiento del síndrome de Gaucher– está dentro del selecto grupo de medicamentos biotecnológicos de altísimo costo comercializados en Colombia. Según el estudio de Fedesarrollo, en 2008 por cada paciente colombiano el costo de un tratamiento anual de Cerezyme® osciló entre US\$146.000 y los US\$186.000. Basado en ese estudio, Observamed calculó que durante 2009 el gobierno pagó aproximadamente US\$11 millones por concepto del Cerezyme®. En la mayoría de casos, los pacientes obtuvieron las ampollas gracias a órdenes de jueces de tutela³²

31 Diana Pinto, Óscar Parra y Rodolfo Dennis Verano. *La carga económica de la enfermedad de Gaucher y Fabry en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, 2008. En línea: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Carga-Econ-Gaucher-y-Fabry-D-Pinto.pdf>
32 *Boletín Informática & Salud - Boletín del Consumidor de Medicamentos*. “Circular 04 de 2010 fijó valor máximo de recobro de Cerezyme® en más del doble de su precio promedio de recobro 2009”. Observamed, 15/21-11-2010. En línea: http://www.med-informatica.net/BIS/BisBcm47de2010_15a21nov10.htm

La defensa del derecho a la salud

El 23 de diciembre de 2009, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez decretó un estado de emergencia social³³ para conjurar la crisis del sistema de salud colombiano³⁴. Según su administración y varios expertos, los costos económicos de la acción de tutela estaban a punto de quebrar las finanzas del sistema de salud colombiano. Casos similares a los de Claudia y el Sovaldi fueron utilizados como ejemplos de cómo el discurso y la práctica de la tutela en salud estaban obligando al sistema de seguridad social a invertir cuantiosos recursos en la compra de medicamentos de alta gama, tratamientos experimentales, viajes para acompañantes de los pacientes, prótesis, pañales, equinoterapias y muchos otros servicios médicos que el gobierno consideraba como un derroche.

Para evitar una supuesta quiebra del sistema de salud, los decretos de emergencia social limitaban la posibilidad de que los peticionarios de drogas y tratamientos excluidos del POS acudieran a la tutela y a los jueces para obtener sus drogas y terapias. De ahí en adelante pacientes como Claudia tendrían que elevar una petición ante un comité técnico que haría un análisis de sus ingresos y de sus patrimonios individuales y familiares. Aquellos pacientes que no tuvieran solvencia económica podrían recurrir a sus cesantías, pensiones o incluso a préstamos bancarios con el fin de financiar los medicamentos y tratamientos médicos excluidos del POS.

De manera sorprendente para muchos, la expedición de los decretos de emergencia social generó manifestaciones masivas contra el gobierno de Uribe. En Bogotá y en otras ciudades nutridos grupos de pacientes, médicos y miembros de organizaciones de la sociedad civil protestaron por lo que consideraban el cercenamiento del derecho fundamental a la salud. “La salud no es un favor,

33 El artículo 215 de la Constitución faculta al gobierno para declarar estados de emergencia social cuando ocurran hechos que amenacen el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan una calamidad pública. La prórroga de estos decretos debe ser aprobada por el Congreso. Así mismo, le corresponde a la Corte Constitucional determinar si estas medidas de emergencia se ajustan o no a la Constitución.
34 Decreto Legislativo 4975 de 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 215 superior y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.



© Publicaciones Semana S.A. - Pablo Andrés Monsalve Mesa.

es un derecho”, se convirtió en el lema que corearon los manifestantes en sus marchas a lo largo y ancho del país. Como en ningún otro momento de su mandato de ocho años la popularidad del presidente Uribe sufrió una caída significativa. Una encuesta Gallup realizada en marzo de 2010 concluyó que el inédito descenso de cinco puntos en la popularidad del presidente (de 68 a 63) “estuvo muy marcado por el tema de la emergencia social y la salud”³⁵.

Aunque la Corte Constitucional consideró que los decretos de emergencia social eran inconstitucionales, ya que el gobierno de Uribe contaba con herramientas ordinarias para corregir las fallas estructurales del sector salud³⁶, lo cierto es que la crisis generada por esos decretos puso de presente la gran importancia social que tiene el derecho a la salud.

En 2013 y 2014 el debate sobre la tutela, el derecho a la salud y la reforma al sistema de salud se volvió a reactivar. En junio de 2013, el Congreso aprobó una Ley Estatutaria (Ley 209) que en junio de 2014 fue considerada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-313)³⁷. Cuatro contribuciones de esta ley estatutaria deben ser

35 Reuters América Latina. “Popularidad del presidente de Colombia cae a 63 pct: encuesta”. 3-3-2010. En línea: <http://lta.reuters.com/article/idLTASIE62201720100303>
36 Sentencia C-252 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.
37 Para una síntesis de esta ley estatutaria, véase Gobierno de Colombia - Urna de Cristal, “Aprobada en primer debate la ley estatutaria de salud”. Proyectos de Ley, 6-6-2013. En línea: <http://www.urna-decristal.gov.co/gestion-gobierno/ley-estatutaria-salud-colombia>.

Actividad 4

Para reflexionar

1. ¿Cree usted que el sistema de salud colombiano debería pagar por medicamentos de alto costo para enfermedades no transmisibles (ENT) con alta prevalencia como el cáncer, pero no para enfermedades no comunes que sufren muy pocas personas, como la hemofilia y el síndrome de Gaucher?
2. Juzgando a partir del alto precio de los medicamentos para la hemofilia y el síndrome de Gaucher, ¿cree usted que un sistema de salud como el colombiano, el cual debe atender las necesidades de millones de personas, debe invertir tantos recursos en los medicamentos de tan pocas personas o cree usted que lo que está en juego es el derecho a la vida y a la salud de personas vulnerables, por lo que los argumentos de costos no tienen importancia?
3. ¿Podría Colombia exigirles a los laboratorios farmacéuticos que producen los medicamentos para la hemofilia o el síndrome de Gaucher que reduzcan los precios de sus productos en países de ingreso medio como Colombia?

destacadas: 1) sitúa el derecho a la salud como la piedra angular del sistema de salud colombiano; 2) busca desincentivar el crecimiento y los costos del litigio en salud, al crear mecanismos institucionales para controlar de manera más efectiva los precios de los medicamentos en el país; 3) establece límites estrictos para el litigio de servicios médicos cosméticos y experimentales; 4) ordena al gobierno nacional la creación de un nuevo plan de beneficios de salud, ya no basado en una lista explícita de tratamientos y medicamentos como el POS, sino en una lista de “exclusiones”, esto es, en unas categorías de tratamientos y medicamentos –experimentales, cosméticos, etc.– que el sistema de salud no pagará.

Consideraciones finales

Así como ocurrió al inicio de la década de los noventa, actualmente soplan fuertes vientos reformistas en el

El texto de la ley aprobada puede encontrarse en: <http://www.min-salud.gov.co/Paginas/Reforma-a-la-salud-contenido.aspx>

sistema de salud colombiano. Grupos de académicos y organizaciones de la sociedad civil sostienen que la crisis del sector salud amerita una reforma estructural de la Ley 100 de 1993³⁸. Aunque la Ley 209 de 2013 no es la transformación radical que muchos esperan, sí pone los cimientos para una reforma gradual del sistema de salud colombiano basada en el reconocimiento del derecho fundamental a la salud. A diferencia de lo que ocurrió en las postrimerías de la Ley 100 de 1993, actualmente un nuevo actor ha entrado a jugar un papel decisivo en el impulso a la reforma del sistema de salud: la Corte Constitucional. La Corte ha enfatizado en repetidas oportunidades que la reestructuración del sistema de salud –la cual le compete al gobierno y al Congreso– debe estar sustentada en la protección del núcleo esencial del derecho fundamental a la salud.

Pero, mientras esto ocurre, constantemente hacen su aparición en el mercado global un sinnúmero de medicamentos y tecnologías que pueden aliviar el dolor o hasta curar las enfermedades de millones de pacientes vulnerables. Sin embargo, como mostramos con el caso de un medicamento “milagroso” para la hepatitis C –el Sovaldi–, esas nuevas tecnologías son excesivamente costosas para cualquier sistema de salud, todavía más si dichos costos no reflejan la inversión real en investigación y desarrollo (R&D) hecha por las empresas farmacéuticas que producen tales medicamentos.

Es en este punto en donde la protección del derecho a la salud puede chocar con la viabilidad financiera de los sistemas de salud. ¿Qué debe primar?, ¿la protección del derecho fundamental a la salud de los pacientes, independientemente de los efectos económicos negativos que puedan derivarse para el sistema de salud, o debemos, por el contrario, negar tratamientos y drogas que puedan poner en peligro la viabilidad económica de un sistema de salud, independientemente de si dichas drogas pueden mejorar la calidad de vida de los pacientes?

Estas preguntas son sin duda difíciles y no se pueden responder con una fórmula mágica que se ajuste a todos los casos por igual. Como lo sostiene la profesora Claudia Vacca para el caso particular del Sovaldi, la llegada de

Actividad 5

Para discutir

¿Considera usted que las reformas al sistema de salud del 2013 eran necesarias? Si dependiera de usted, ¿qué reformas consideraría indispensables para superar las fallas del sistema de salud descritas en este capítulo?, ¿reformularía usted la tutela en salud para impedir que los pacientes exigieran medicamentos a través de esta acción judicial?, ¿cómo lograr que pacientes como Claudia obtengan sus medicamentos sin que tengan que recurrir a la tutela?

este medicamento a Colombia puede poner en jaque a todo el sistema de salud. Piénsese en el costo en el que debería incurrir el sistema de salud si se comprometiera a garantizar a los más de cuatrocientos mil (400.000) pacientes que actualmente están infectados con el virus de la hepatitis C en Colombia un tratamiento completo de Sovaldi, el cual ascendería a más de ciento cincuenta millones de pesos (150.000.000) por persona³⁹.

Para la profesora Vacca, el sistema de salud colombiano no debería pagar los altos precios exigidos por el laboratorio que produce Sovaldi. Según Vacca, el colombiano “es un sistema de salud garantista con unos mecanismos de recobro que generan un riesgo inmenso. Es antiético con los pacientes, con un país, que un laboratorio aproveche y cobre esos precios. Además, hace falta que aquí se ponderen los datos de su eficacia. Aún no tenemos claridad sobre sus efectos adversos”⁴⁰.

Sin embargo, ¿qué hacer con los 400 mil colombianos infectados con hepatitis C que pueden tener, hoy en día, la expectativa de recibir un tratamiento de Sovaldi por parte de un sistema de salud que a partir de la Ley 209 de 2013 dice estar basado en la garantía del derecho fundamental a la salud? Si el lector o la lectora de este texto tuviera, por ejemplo, un familiar con hepatitis C, ¿no exigiría acaso que el sistema de salud colombiano pagara por un tratamiento que curara a su familiar de la manera más

38 Véase “Continúa debate sobre reforma a la salud”. Así Vámos en Salud, 25-6-2013. En línea: <http://www.asivamosensalud.org/publicaciones/boletin-de-prensa/publicacion.ver/75>

39 Véase Sergio Silva Numa, “El dilema de la hepatitis C”. *El Espectador*, Salud, 29-7-2014. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/el-dilema-de-hepatitis-c-articulo-507262>

40 Silva, “El dilema de la hepatitis C”.

efectiva y humana posible?, ¿importarían los costos económicos que el resto de colombianos deberían asumir para adquirir dichos medicamentos?, ¿debería importarle al lector que la compra de Sovaldi para su familiar le quite recursos a la vacunación infantil, a la construcción de hospitales o a la atención de pacientes con cáncer?

Este tipo de preguntas, que nos enfrentan a dilemas éticos “trágicos”, no deben ser respondidas por los pacientes que sufren diariamente con sus dolencias. Las personas enfermas deben recibir el mejor tratamiento médico posible y no son responsables, en principio, por los costos económicos que puedan derivarse para el sistema de salud. Son, por el contrario, los gobiernos nacionales y los hacedores de políticas públicas quienes deben llegar a respuestas creativas para solucionar los complejos dilemas del derecho a la salud.

Para casos como el del Sovaldi, una primera solución sería contar con un sistema de compras de medicamentos centralizado y administrado por el gobierno, el cual permitiera adquirir drogas costosas a precios más razonables. Un sistema de regulación de precios de medicamentos puede ser otra alternativa. En los últimos años Colombia ha avanzado mucho en la regulación de precios de medicamentos biotecnológicos como el Sovaldi, regulación que puede reducir significativamente el impacto económico sobre el sistema de salud de dichas tecnologías médicas. Los gobiernos también pueden hacer uso de herramientas legales para flexibilizar los derechos de propiedad que detentan las empresas farmacéuticas sobre sus productos. Por ejemplo, pueden autorizar una licencia obligatoria para que un laboratorio local, Indio o chino –para poner solo dos ejemplos obvios– produzca un medicamento que una empresa francesa o estadounidense se niega a vender más barato, pese al impacto negativo que esta decisión pueda tener en la salud pública de la población. Los gobiernos también pueden realizar importaciones paralelas de un medicamento desde países en donde la droga se venda a precios más asequibles.

Recientemente, la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) propuso la creación de un fondo para negociar los precios de medicamentos para el tratamiento de la hepatitis C en el continente. Según datos de Unasur, de los 150 millones de personas infectadas con el virus de la hepatitis C, seis millones viven en Suramérica, siendo Brasil el país más afectado, seguido por Argentina y Colombia.

Para Unasur, la conformación de este fondo permitiría que los países suramericanos negocien en bloque y exijan precios más razonables para medicamentos como el Sovaldi⁴¹.

Como lo muestra la propuesta de Unasur, la garantía del derecho fundamental a la salud no es un asunto únicamente nacional o local, sino también regional y global. En un planeta en donde las personas sufren cada vez más de enfermedades crónicas como el cáncer o de condiciones como el Alzheimer, las cuales requieren de medicamentos costosos y sofisticados producidos por poderosas empresas multinacionales de fármacos, es una verdadera urgencia que los países actúen coordinadamente para que la protección del derecho fundamental a la salud de sus ciudadanos no termine quebrando sus sistemas de salud.

41 Véase “Unasur propone crear fondo para comprar medicinas contra hepatitis C”. *Ecuador Inmediato*, Sociedad, 14-4-2015. En línea: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818779649&umt=unasur_propone_crear_fondo_para_compra_de_medicinas_contra_hepatitis_c&utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

Actividad 6

Para discutir

Resuelva los problemas jurídicos que presentan los dos siguientes casos.

Caso 1. Medicina alternativa

En febrero de 2012 usted se desempeñaba como juez penal municipal en la ciudad de Bogotá. En su despacho, después del correspondiente reparto, recibió una acción de tutela en la cual se solicitaba la protección del derecho a la salud de un individuo. A continuación encontrará la información relevante del caso.

Antecedentes: A la señora Constanza Martínez, de 37 años de edad, le fue diagnosticada la enfermedad autoinmune denominada dermatomiositis. Constanza indica que su EPS ha sido negligente en la atención de su enfermedad, razón por la cual tuvo que acudir al Instituto Dermatológico Federico Lleras, entidad en la cual le confirmaron el diagnóstico mencionado. Una vez confirmado el diagnóstico por dicho instituto, la EPS ha tratado la enfermedad de Constanza utilizando medicamentos paliativos, según lo menciona la tutelante.

En julio de 2011, Constanza decidió acudir por su cuenta y haciendo uso de sus propios recursos a la IPS Centro de Medicina Biológica Vida Sana, lugar donde fue atendida por la doctora Sandra Arias. Allí le recetaron unos medicamentos bioenergéticos, unas terapias neurales y la implantación de células madre para su completa rehabilitación. El costo total estimado del tratamiento fue de nueve millones de pesos (\$9.000.000). Durante un mes la señora Martínez usó los medicamentos bioenergéticos denominados Guna Lympio, Guna Kidney y Guna Flaui, pagándolos con sus propios recursos. Al cabo de ese mes la señora Martínez afirmó que “sus condiciones físicas y su cuadro clínico mejoraron notablemente”.

La señora Constanza Martínez es madre cabeza de familia y es operaria en un laboratorio en el que devenga un salario mínimo legal mensual, razón por la cual le es imposible pagar el tratamiento de medicina alternativa. Como consecuencia de lo anterior, el 31 de

octubre de 2011 Constanza solicitó a su EPS –a la cual se encontraba afiliada en calidad de cotizante– que le suministrara el tratamiento de medicina alternativa en la IPS Centro de Medicina Biológica Vida Sana. La EPS rechazó la solicitud el 22 de noviembre de 2011 aduciendo que no había un convenio de prestación de servicios con dicha IPS y que se trataba de un tratamiento de medicina alternativa no cubierto por el POS. La solicitud de la señora Martínez no fue sometida a revisión del comité técnico científico de la EPS. Frente a la negación del suministro de los servicios, la señora Martínez presentó una acción de tutela para que se le protegiera su derecho a la salud, se ordenara a la EPS el suministro de la totalidad del tratamiento realizado por la doctora Sandra Arias, se le brindara atención integral y se le reembolsaran los recursos que había gastado durante el primer mes de ese tratamiento.

Problema jurídico: El problema jurídico a resolver en el presente caso es: ¿vulnera la EPS el derecho a la salud de Constanza Martínez, al no suministrar un tratamiento de medicina alternativa que ella afirma ha mejorado su salud? Las razones de la EPS para no suministrarlo son que: a) dicho tratamiento fue ordenado por un médico no adscrito a la EPS, b) hay un tratamiento equivalente en el POS y c) no hay evidencia científica que demuestre que los tratamientos de medicina alternativa son eficaces para mejorar el estado de salud de la tutelante.

Caso 2. Equinoterapia

En septiembre de 2012, usted se desempeñaba como juez penal municipal de Soledad (Atlántico). En su despacho, después del correspondiente reparto, recibió una acción de tutela en la cual se solicitaba la protección del derecho a la salud de una niña. A continuación encontrará la información relevante del caso.

Antecedentes: Andrea, de 6 años de edad, padece desde su nacimiento una parálisis cerebral, retraso psicomotor, epilepsia, microcefalia y estrabismo.

Actividad 6

Para discutir

A medida que su edad ha aumentado, sus familiares han evidenciado un deterioro en su desarrollo. Para el tratamiento de su enfermedad la EPS principalmente le ha suministrado medicamentos. Esto es, la EPS no le ha permitido el acceso a terapias que le permitan mejorar su condición física, y su familia tampoco ha podido suminístraselas debido a su precaria situación económica. Sin embargo, su tía solicitó y pagó una consulta con un neurólogo particular con el fin de que valorara la condición médica de Andrea. El neurólogo, además de confirmar el diagnóstico conocido, señaló que Andrea no controlaba esfínteres. Con el objetivo de mejorar las funciones neurocognitivas de la paciente y aumentar su independencia, el neurólogo consideró que Andrea debería recibir los siguientes tratamientos: equinoterapia, acuaterapia, musicoterapia y psicoterapia con la metodología conductual ABA. Sin embargo, la EPS se negó a proveer el tratamiento prescrito por el médico particular.

Como consecuencia de la negación de los servicios por parte de la EPS, María, la madre de Andrea, interpuso una tutela en contra de la EPS, actuando como agente oficiosa, solicitándole al juez que le ordenara la provisión de los tratamientos mencionados para

proteger el derecho fundamental a la salud de Andrea. La EPS solicitó al juez de tutela no acceder a la solicitud de María, por considerar que la no provisión de las terapias ordenadas por el neurólogo no ponía en riesgo la vida o la integridad física de Andrea. Igualmente, señaló que esas terapias podían ser reemplazadas por tratamientos incluidos en el POS y que, en todo caso, no hay evidencia científica de que las terapias ordenadas fueran a producir alguna mejoría en la paciente.

Problema jurídico: El problema jurídico a resolver en el presente caso es: ¿la EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de uno de sus afiliados, que se encuentra en situación de discapacidad, al negarle la prestación de terapias de neurodesarrollo: equinoterapia, acuaterapia, fisioterapia, fonoaudiología, musicoterapia, terapia ocupacional, psicoterapia con la metodología conductual ABA? La persona requiere estos tratamientos para manejar su enfermedad y carece de los recursos para pagarlo, pero la EPS considera que dichos servicios: a) no están incluidos en el POS, b) fueron ordenados por un médico que no forma parte de su red de servicios y c) la solicitud respectiva no fue analizada por el CTC de la entidad.

Glosario

EPS - Empresa Prestadora del Salud. Administradora del seguro de salud que recibe unas transferencias del Estado y de los usuarios del servicio para, a su vez, garantizar el cubrimiento de salud de los usuarios asegurados.

IPS - Institución Prestadora de Salud. Entidad como un hospital o un centro de salud que presta directamente los servicios a los usuarios y cobra el costo de los mismos a la EPS. Muchas EPS son dueñas a su vez de IPS.

Núcleo esencial de un derecho. Aquellos elementos de un derecho que no pueden ser suspendidos o modificados a voluntad de un gobierno, pues constituyen la obligación internacional de un Estado.

Progresividad. Naturaleza de la obligación de un Estado en algunos derechos sociales. Estos se encuentran sujetos al nivel de desarrollo del Estado, pero al mismo tiempo el Estado debe progresar constantemente en la garantía del derecho y no retroceder en sus avances.

Material de apoyo

Videos y documentales

- *La muerte del señor Lazarescu* (Cristi Puiu, 2005).
- *Dallas Buyers Club* (Jean-Marc Vallée, 2013).
- *The Constant Gardener* (Fernando Meirelles, 2005).

Libros y artículos

- *Illness as Metaphor and AIDS and its metaphors* (Susan Sontag, 2001).
- *La caída en el tiempo (sobre la enfermedad)* (Emil Cioran, 1993).
- *Pathologies of Power: Health, Human Rights and the New War on the Poor* (Paul Farmer, 2004).

Páginas web

- Bill and Melinda Gates Foundation (www.gatesfoundation.org).
- Health Impact Fund (www.healthimpactfund.org)
- Médicos sin Fronteras (www.msf.es).
- Organización Mundial de la Salud (www.who.int).
- Ministerio de Salud, Colombia (www.minsalud.gov.co).
- Organización Panamericana de la Salud (www.paho.org).

Referencias bibliográficas

Andia, Tatiana, Santiago Téllez y Everaldo Lamprea. *The Case of Technical Scientific Committees within EPS*. World Bank, Universidad de los Andes, 2012.

Daniels, Norman. *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge University Press, 2008.

Enthoven, Alain C. "The History and Principles of Managed Competition". *Health Affairs*, 12, núm. supl. 1 (1993): 24-48.

Flood, Coleen y Aeyal M. Gross (eds.). *The Right to Health at the Public/Private Debate: A Global Comparative Study*. Cambridge University Press, 2014.

Flood Colleen M. y Amanda Haugan. "Is Canada Odd? A Comparison of European and Canadian Approaches to Choice and Regulation of the Public/private Divide in Health Care". *Health Economics, Policy and Law* 5, núm. 3 (2010): 319.

Gauri, Varun y Daniel M. Brinks. "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World". En V. Gauri y D. Brinks (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge University Press, 2008.

Gloppen Siri y Ole Frithjof. "Litigating for Medicines: How Can We Assess Impact on Health Outcomes". En Siri Gloppen y Alicia Yamin (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Cambridge, MA: Human Rights Program, Harvard Law School: Harvard Law School, 2011.

Lamprea, Everaldo. "Colombia's Right-to-Health Litigation in a Context of Health Care Reform". En C. M. Flood y A. Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/private Divide: A Global Comparative Study*. Cambridge University Press, 2014.

Lind, Ana Sarah. "The Right to Health in Sweden". *The Right to Health at the Public/private Divide: A Global Comparative Study*. Cambridge University Press, 2014.

López, Diego. "Sistema de salud y derecho a la salud: historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional". Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI, 2008.

Moestad, Ottar; Octavio Ferraz y Lise Rakner. "Assesing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa". En Siri Gloppen y Alicia Yamin (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Harvard Law School, 2011, 273-304.

Nedwick, Christopher. "Promoting Access and Equity in Health: Assessing the National Health Service in England". En Coleen Flood y Aeyal Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/private Divide: A Global Comparative Study*. Cambridge University Press, 2014.

Núñez, Jairo; Juan Gonzalo Zapata, Carlos Castañeda, Milena Fonseca y Jaime Ramírez. *La sostenibilidad financiera del sistema de salud colombiano. Dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro*. Bogotá: Fedesarrollo, 2012.

Paris, Valerie; Marion Devaux y Lihan Wei. "Health Systems Institutional Characteristics: A Survey of 29 OECD Countries". OECD Health Working Papers, 2010. En línea.

Pinto, Diana; Óscar Parra y Rodolfo Dennis Verano. *La carga económica de la enfermedad de Gaucher y Fabry en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, 2008. En línea: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Carga-Econ-Gaucher-y-Fabry-D-Pinto.pdf>

Rodríguez Garavito, César. "Justicia y salud en Colombia: retos y oportunidades creadas mediante la intervención de los jueces". En Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez (eds.), *Libro blanco en salud: logros, retos y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

Surowiecki, James. "Biotech's Hard Bargain". *New Yorker*, abril 2014.

Yamin, Alicia; Óscar Parra-Verav y Camila Gianella. "Colombia: Judicial Protection of the Right to Health". En Alicia Yamin y Siri Gloppen (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Harvard Law School, 2011.

Young, Katherine. "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content". *Yale Journal of International Law*, 33 (2008): 113.

Parte 3

Sección 6

Mercados y democracia

Sección 7

El derecho de la guerra
y la transición a la paz

Constitución y economía: presupuesto, planeación y políticas públicas en la Constitución de 1991

Eleonora Lozano Rodríguez

Presupuesto *ingresos* gastos
sistema general de participaciones
sostenibilidad fiscal
Banco Central *planeación*
principios económicos
monopolios servicios públicos



Objetivos de aprendizaje

- Identificar y comprender conceptos e instituciones relativas a la regulación económica constitucional, para su análisis con fines de descripción, crítica y aplicación.
- Conocer la definición y contenido de la política fiscal del gobierno, definida como los mecanismos constitucionales para regular los ingresos y gastos de la nación.
- Conocer las bases del proceso presupuestal.
- Acercarse a los principios de la tributación.
- Conocer la definición y contenido de la política monetaria y la función básica del Banco de la República como banca central.



Guía de estudio

¿Qué debe saber el hacedor de políticas públicas económicas sobre la Constitución? Este capítulo presenta la regulación constitucional y legal de los diferentes instrumentos micro y macroeconómicos con que cuenta el hacedor de políticas públicas económicas, y justifica su necesario análisis interdisciplinario. También relaciona algunas tensiones que ha tenido que resolver la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa en la aplicación de la regulación económica.

Introducción

El régimen económico constitucional debe estudiarse y comprenderse con una visión interdisciplinaria, puesto que las políticas macro y microeconómicas dependen en gran medida de la actividad legislativa y judicial. En efecto, el nivel de desempeño económico se sustenta en el buen o mal contenido de las leyes de planeación, presupuestales, tributarias, de participación de las entidades territoriales en los recursos nacionales, de competencias del Banco Central, y en aquellas que regulan la intervención del Estado en la actividad empresarial, entre otras. La mayor parte de estas leyes son propuestas por el ejecutivo a través de sus entes de planeación económica. Pero, como los debates en el Congreso de la República dejan en claro, de nada sirve un modelo económico refinado y descrito en una propuesta legislativa de iniciativa gubernamental, si esta no es aprobada en los debates parlamentarios que reflejan las diferentes fuerzas políticas en tensión. A su vez, las políticas públicas económicas también dependerán en gran medida de la interpretación que realicen los jueces sobre las diferentes temáticas económicas. Un ejemplo de este delicado equilibrio entre las tres ramas es el principio de la “sostenibilidad fiscal”, consagrado recientemente en nuestro ordenamiento constitucional. Según este, el gobierno propuso una reforma a la Constitución que limita la facultad de los jueces de ordenar gastos a la administración pública y que podría afectar incluso la defensa de los derechos fundamentales. En la primera parte se trata el concepto de economía como ciencia social, así como sus dos áreas principales de estudio: la macroeconomía y la microeconomía. Con estos conceptos en mente, se procede a explicar los principales instrumentos que la Constitución Política establece para el hacedor de políticas públicas económicas, en las áreas macro y microeconómica, así como las tensiones jurisprudenciales que se originan.

La escasez, el concepto de economía y su división entre macro y microeconomía

La escasez es un problema común que enfrentan todas las sociedades modernas y consiste en un exceso de necesidades (y deseos) humanos –tanto de bienes como de servicios– respecto de lo que en realidad se puede llegar a producir para satisfacerlos. Así, es posible afirmar que, mientras las necesidades de los seres humanos son ilimitadas, los medios para poder cumplirlas son limitados, pues vivimos en un mundo en el que los recursos utilizados para la producción de bienes y servicios son escasos. De esta manera, las sociedades deben tomar numerosas decisiones sobre la distribución de sus recursos, para lo cual han de tener en cuenta preguntas como: ¿qué labores se deben llevar a cabo?, ¿quién debe realizar cada labor?, ¿a quiénes debe ir dirigido el resultado de cada labor?

Así, la economía, como ciencia social, tiene como objeto de estudio la forma como las sociedades administran los recursos limitados, a nivel tanto de las naciones como de los grupos e individuos. La diferencia entre ambas escalas analíticas –naciones, por una parte, y grupos e individuos, por la otra– fue introducida por el primer Nobel de Economía Ragnar Frisch en 1933, para quien existe una división tradicional del estudio de la economía en dos áreas: la *microeconomía* y la *macroeconomía*. La macroeconomía estudia el funcionamiento de la economía en su conjunto, a nivel nacional, y la *microeconomía*

estudia la conducta económica de los agentes individuales (familias y empresas) y de mercados e industrias específicos¹. De este modo, la macroeconomía se concentra en la producción total de todos los bienes y servicios de una sociedad, así como en otras variables, como el desempleo, el gasto público y las variaciones del nivel medio de precios. Por su parte, la microeconomía se concentra en comprender el comportamiento de los precios y las cantidades producidas de bienes y servicios. La división tradicional en macro y microeconomía sirve para entender en qué momentos nuestra Constitución se refiere a aspectos microeconómicos –el comportamiento de individuos y grupos– o macroeconómicos –el comportamiento de la sociedad en su conjunto.

Principales instrumentos constitucionales del hacedor de políticas públicas económicas y tensiones jurisprudenciales

En el aspecto macroeconómico

Constantemente, el gobierno implementa medidas destinadas a influir en la economía en su conjunto. Esto es lo que los economistas denominan política macroeconómica, y puede asumir, al menos, dos variantes: política fiscal y política monetaria. La política fiscal se refiere, en esencia, a las decisiones del gobierno respecto al gasto público y a los ingresos públicos, con consecuencias en el nivel de producción. La política monetaria se refiere a la cantidad y comportamiento del valor del dinero.

La importancia del gasto público para la política fiscal –gasto e ingresos públicos– se remite al aporte central de John Maynard Keynes a la teoría macroeconómica². Según Keynes, la actividad económica en su conjunto se encuentra principalmente en función de la suma de bienes y servicios que adquieren las personas de una sociedad –demanda agregada–. De este modo, si por cualquier razón hay disminución en el consumo por parte del sector privado o, por el contrario, hay crecimiento excesivo de la demanda agregada, surgen consecuencias perjudiciales para la economía de un país. En caso tal, las decisiones que el gobierno tome sobre el gasto y los

1 Definiciones presentes en Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch y Richard Schmalensee, *Economía* (México: McGraw-Hill, 1990).
2 Para una explicación más detallada del modelo de Estado que ello implica, véase en este libro el capítulo 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado”, por Helena Alviar García.

Recuadro 1
El Banco de la República y la evolución de la política monetaria en Colombia

Si bien hoy en día es posible hablar de una política monetaria controlada por el Banco de la República como banco central, este no siempre fue el caso en Colombia.

Yazmin Andrea Aguirre Mahacha



Sede del Banco de la República en Bogotá.

ingresos públicos serán determinantes para estabilizar la actividad económica. Keynes propone que en períodos de disminución en el consumo se incremente el gasto público para que el nivel de producción no se desestabilice. Sin embargo, teorías contemporáneas se oponen a esta inversión, en la medida que, argumentan, el aumento del gasto muchas veces requiere el endeudamiento del Estado y supone una intervención artificial y, a largo plazo, insostenible en los mercados. La política fiscal en lo que se refiere a los ingresos públicos se verá más adelante en este capítulo, en particular en lo que concierne al polémico tema de los impuestos.

Por su parte, *la política monetaria* hace referencia a las medidas que toma el Banco Central, orientadas a controlar la cantidad de dinero en la economía y los intereses que produce el dinero invertido. Estas medidas tienen como propósito mantener bajas inflaciones, sin crear un elevado volumen de desempleo. Si la inflación es baja, el valor del dinero es estable, los sueldos no pierden capacidad adquisitiva y la inversión se puede dar en un

De hecho, es posible distinguir tres períodos distintos en materia de política monetaria: antes de 1963, desde 1963 hasta 1991 y desde 1991 hasta hoy. Antes de 1963, la política monetaria la determinaba la Junta Directiva del Banco de la República. Sin embargo, esta se encontraba conformada principalmente por banqueros privados y era presidida por el ministro de Hacienda Pública elegido por el presidente*. Para el año 1963 y hasta 1991, con la Ley 21 de 1963 y su respectiva reglamentación por el Decreto Ley 2206, se creó la Junta Monetaria del Banco de la República, institución a la que se transfirió el manejo de la política monetaria. La Junta Monetaria también era presidida por el ministro de Hacienda Pública, pero con la participación exclusiva de otros miembros del gabinete y el gerente general del Banco de la República**. Se evidencia, entonces, que durante los dos primeros períodos, y especialmente en el segundo, el manejo de la política monetaria estuvo fuertemente influenciado por el ejecutivo.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, el régimen de la Banca Central cambió radicalmente. Los artículos 371 y 372 de la Carta le dieron un giro substancial al arreglo institucional, al otorgarle autonomía

administrativa, patrimonial y técnica al Banco de la República; sujetarlo a un régimen legal propio e independiente, y designar a la junta directiva del Banco de la República como la autoridad monetaria y crediticia del país, la cual, por mandato constitucional, la integran siete miembros, incluidos: el ministro de Hacienda Pública –quien la preside–, el gerente del Banco de la República y cinco miembros de dedicación exclusiva, elegidos por el presidente de la república para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos cada cuatro años (art. 372).

Una muestra de la independencia que en esta tercera etapa tiene el Banco de la República se evidencia en lo relacionado con el financiamiento directo del gobierno. Este únicamente puede darse bajo condiciones extraordinarias y requiere el voto favorable de todos los miembros de la junta directiva. Desde 1991 el Banco no le ha otorgado préstamos directos al gobierno***.

* Mauricio Cárdenas, *Introducción a la Economía colombiana* (Bogotá: Alfaomega, 2009).

** Cárdenas, *Introducción*.

*** Cárdenas, *Introducción*.

ambiente de relativa certeza en las proyecciones. Sin embargo, hay discusiones sobre si controlar la cantidad de dinero circulante para disminuir la inflación puede tener efectos negativos, al restringir el crecimiento económico, la inversión privada, el gasto público y el aumento de los salarios.

A continuación se estudiarán cuáles son las normas constitucionales relacionadas con cada una de estas políticas macroeconómicas (fiscal y monetaria), así como algunas tensiones jurisprudenciales que se han presentado en torno a las políticas macroeconómicas. Es decir, respecto de la política fiscal –gastos e ingresos públicos– y la política monetaria –dinero que circula en la economía.

Política fiscal y régimen constitucional

Del régimen presupuestario

Como se mencionó arriba, la política fiscal tiene en esencia dos instrumentos: el *gasto público* y los *ingresos públicos*. El gasto público es el conjunto de las erogaciones

que realiza el sector público de la economía para proporcionar los bienes y servicios públicos a su cargo, de acuerdo con el presupuesto anual³. Los ingresos públicos, por

3 Luis Omar Fernández, *Vocabulario de hacienda pública, fiscal, económico y jurídico* (Buenos Aires: La Ley, 2003), 94.

otra parte, son las entradas que obtiene el Estado para la atención de sus gastos⁴. Ambos se encuentran enmarcados en el concepto amplio de presupuesto y nuestra Constitución tiene un capítulo especial dirigido a su régimen (arts. 345-355).

El *presupuesto público* podría definirse como la estimación anual de los gastos y de los ingresos que el Estado espera ejecutar y percibir, respectivamente. La existencia de un déficit presupuestario –cuando un Estado gasta más de lo que percibe como ingresos– es una situación desestabilizadora que usualmente preocupa a los economistas. Así, el presupuesto es tanto una herramienta de planificación y priorización de gastos como un instrumento para mantener el gasto dentro de límites razonables, cualquiera que sea el criterio adoptado como razonable. Por ejemplo, endeudamiento limitado o cero endeudamiento. Estas discusiones, en todo caso, se dan dentro de los principios constitucionales.

En líneas generales, del régimen constitucional del presupuesto es importante tener en cuenta que, además del presupuesto nacional, hay presupuestos de las entidades territoriales (municipios y departamentos) y de las descentralizadas por servicios⁵. En este orden de ideas, y con los tipos de presupuestos que existen en el Estado colombiano, ¿cómo dispone el ordenamiento jurídico que se lleve a cabo el cálculo presupuestal?

El ordenamiento dispone que el cálculo presupuestal se haga en conjunción por cuerpos colegiados: a nivel nacional, lo realiza el Congreso; a nivel departamental, es potestad de la Asamblea Departamental expedir las normas del presupuesto departamental; y a nivel municipal, el Concejo Municipal. A continuación se describe brevemente el proceso a nivel nacional.

Existen tres leyes que debe aprobar el Congreso que son indispensables para comprender el régimen jurídico presupuestal: la Ley Orgánica del Presupuesto, el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley Anual de Presupuesto. La Ley Orgánica del Presupuesto regula de forma general la

programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos –la actual data de 1996–. El Plan Nacional de Desarrollo incluye las políticas generales de cada cuatrienio presidencial y se aprueba por ley al inicio de este. La Ley Anual del Presupuesto General de la Nación ordena los ingresos y gastos autorizados para un año específico. Incluye el presupuesto de rentas o ingresos⁶ y el presupuesto de gasto⁷ (también conocido como Ley de Apropiaaciones). Allí se incluyen todos los ingresos y gastos de las tres ramas del Estado y de los organismos de control, es decir, de todo el sector público nacional y de las transferencias que de allí se hacen a municipios y departamentos. Además, se incluyen unas normas conocidas como disposiciones generales de la Ley Anual del Presupuesto que aseguran la correcta ejecución del presupuesto y rigen únicamente para el año fiscal para el cual se expidan. Todo lo anterior se conoce como el proceso presupuestal.

El gobierno es el encargado de presentar el proyecto de ley para la Ley Anual del Presupuesto. Este proceso es particularmente urgente cuando los ingresos autorizados de manera legal no son suficientes para atender los gastos proyectados. Como se ha hecho mención en capítulos previos, la Rama Ejecutiva está encargada de la administración del Estado, labor que implica la creación y aplicación de diversos proyectos que, en ocasiones, requieren de un presupuesto mayor al aprobado dentro del Congreso. En estos casos, el presidente presenta ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley de presupuesto la creación de nuevas rentas (ingresos) o la modificación de las existentes para financiar ese monto de gastos. El Congreso a su vez puede hacer modificaciones al proyecto de ley de presupuesto presentado por el gobierno, pero no puede aumentar los ingresos o los gastos sin el concepto previo y favorable suscrito por el ministro encargado de ese tema. Tampoco puede reducir o eliminar partidas de gasto que se necesitan para pagar las cuotas de las deudas de la nación (el servicio de la deuda) ni las partidas del presupuesto destinadas a pagar otras obligaciones contractuales del Estado, cubrir los servicios básicos del funcionamiento ordinario de la administración pública o las partidas de gastos

4 Alfonso Miranda Talero, *El derecho de las finanzas públicas* (Bogotá: Legis, 1999), 65. Retoma definición de Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero* (Buenos Aires: Depalma, 1983).

5 Véase en este libro el capítulo 6 “La fuerza del Estado: funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva”, por Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón.

6 Contiene la estimación de la totalidad de los *ingresos públicos* de la nación.

7 Incluye la totalidad de los *gastos públicos* de la nación.

Actividad 2

Para reflexionar

1. ¿La Corte Constitucional puede declarar inconstitucional alguna decisión dentro del proceso presupuestal descrito antes?, ¿cuál y por qué motivo?
2. ¿Cree que esa facultad de la Corte es una aplicación adecuada del principio de frenos y contrapesos de las tres ramas del poder público o, por el contrario, resulta en una primacía de la Rama Judicial? Sustente su posición considerando los contrargumentos y refutándolos.

destinadas para las inversiones autorizadas en el Plan Nacional de Desarrollo.

Del régimen de los ingresos públicos

Como se mencionó anteriormente, los *ingresos públicos* hacen referencia a las entradas en dinero que obtiene el Estado, que en principio surgen de las inversiones del Estado mismo –por ejemplo, en Empresas Industriales del Estado–, de los impuestos directos –como el impuesto a la renta– e indirectos –como el impuesto a las ventas– y del endeudamiento. La Constitución de 1991, además de ordenar un régimen presupuestario, también contiene varias disposiciones constitucionales en relación con los ingresos públicos. Primero, ordena a los ciudadanos a pagar impuestos o tributos, que deben ser aprobados previamente por ley. Estas disposiciones son fuente de preguntas inquietantes para los contribuyentes: ¿quiénes son los encargados de decidir cuáles son los tributos y sus tarifas?, ¿bajo qué parámetros se decide el grado de participación de cada individuo y empresa?, ¿hay un límite a los tributos que pueden recaer sobre un individuo o empresa?, ¿cómo se puede llegar a un óptimo de tributación sin que se llegue a un sistema que se soporte más que proporcionalmente sobre los sectores con menores ingresos?

La potestad de imponer tributos

La imposición de tributos es el resultado de un trabajo conjunto principalmente de las Ramas Ejecutiva y Legislativa, aunque en ocasiones la Rama Judicial también influye y no de manera menos importante (en especial, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado). Para comenzar, la

Constitución define que es la Rama Legislativa la que tiene la facultad de imponer tributos, al hacerla responsable de establecer las *rentas o ingresos nacionales* y las contribuciones fiscales y parafiscales. Es decir, que en principio es potestad del Congreso imponer los tributos. La Constitución incluso prohíbe al Congreso que le otorgue facultades extraordinarias al presidente de la república para decretar impuestos en su lugar⁸. La Rama Ejecutiva es la encargada de recaudar los tributos. En este sentido, a nivel nacional el ejecutivo tiene tres funciones importantes: 1) debe velar por su estricta recaudación y administración –la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) cumple esta función en todo el territorio–; 2) como facultad exclusiva, promover proyectos de ley que decreten *exenciones tributarias*, es decir, quiénes están excusados o exentos de pagar qué impuestos –en consecuencia, las leyes que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales solo pueden ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno y no por el Congreso–; 3) fijar las tarifas, es decir, la proporción o monto que se debe pagar de las *tasas y contribuciones*, siempre y cuando el sistema y método para determinar estas tarifas se encuentre definido previamente en la ley⁹.

Actividad 3

Para investigar

Los tributos tienden a ser impopulares entre los votantes, que preferirían no pagarlos. Sin embargo, estos esperan también grandes inversiones del Estado en infraestructura pública, educación, salud, transporte, recreación y mantenimiento del medio ambiente. Además de los impuestos, ¿cómo puede el Estado suplir estos servicios? Investigue sobre las formas alternativas de suplir esos servicios y el impacto que tienen estas versus los tributos sobre las personas más pobres.

⁸ Para un desarrollo jurisprudencial sobre la restricción constitucional a las facultades extraordinarias, véase Corte Constitucional. Sentencia C-80 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹ Para profundizar en las diferentes clases de tributos, su conceptualización y normativa constitucional tributaria, véase Eleonora Lozano Rodríguez, “Fundamentos de la tributación colombiana”, en *Fundamento de derecho de los negocios para no abogados* (Bogotá: Biblioteca Jurídica Uniandina, 2013).

A nivel territorial, la Rama Ejecutiva también tiene funciones importantes respecto de los tributos, algunos de los cuales solo los pueden imponer y recaudar las entidades territoriales y son para su propio mantenimiento. De estos, quizá el más importante es el impuesto que se paga por la propiedad de un bien inmueble (el impuesto predial), tributo que no se puede imponer a nivel nacional. Además, en general, las entidades territoriales, como municipios y departamentos, tienen el derecho de decretar, votar y administrar los *tributos* necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Sus *rentas* gozan de protección constitucional y, por tanto, son de su propiedad exclusiva y tienen las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

Por último, recuérdese que en Colombia están prohibidas las *rentas con destinación específica*, es decir, ingresos que sirvan para atender gastos específicos, por ejemplo, un impuesto para construir un edificio nuevo para la alcaldía. Solo hay tres excepciones constitucionales a esta prohibición, una de las cuales es aquella por la cual se permiten los impuestos con destinación específica si los



Andrés Montoya Gómez.

Actividad 4

Para discutir

¿Qué ventajas y desventajas puede tener para la administración pública que haya menos impuestos con destinación específica?

ingresos se destinan a inversión social, por ejemplo, a la educación superior. La principal problemática que ha presentado esta disposición constitucional es la interpretación de lo que se entiende por inversión social. Se ha acudido a la amplísima definición de *gasto público social*, contenida en la Ley Orgánica de Presupuesto (Decreto 111 de 1996, art. 41) que lo define como “aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión”. En reiteradas ocasiones se ha propuesto restringir el alcance de esta definición para que no haya impuestos con destinación específica, de manera que todos los ingresos entren a una bolsa común (presupuesto) de la cual saldrán la totalidad de los gastos¹⁰.

La Constitución y los tributos pagados por individuos y empresas

La Constitución establece unos principios o parámetros para establecer tributos, llamados *principios constitucionales tributarios*. Algunos se consagran de forma expresa y son los principios de *equidad, eficiencia, progresividad e irretroactividad*; otros se desprenden de una lectura integral de la Constitución, y son los principios de *legalidad* y aquellos relacionados con el *poder sancionador* y el *debi-do proceso*¹¹. El estudio de estos principios permitirá tener una mayor comprensión de los límites dentro de los cuales el ejecutivo y el legislativo pueden imponer tributos, y cuáles aplicar a las personas naturales o a las jurídicas.

10 Es decir, dar cumplimiento al principio presupuestal general de “unidad de caja”.

11 Alfredo Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 1992-2001* (Bogotá: Nomos, 2002).

- *Principio de equidad*: establece que las personas con igual capacidad contributiva deben tributar igual (equidad horizontal) y, entre personas con capacidad diferente, su tributación debe ser distinta (equidad vertical) y proporcional.
- *Principio de eficiencia*: este principio tiene dos alcances. Por una parte, los tributos deben recaudarse al menor costo posible, tanto para el Estado como para el contribuyente. Por otra parte, deben asignarse los recursos generando los menores desequilibrios o distorsiones en el funcionamiento de los mercados y de la economía en general.
- *Principio de progresividad*: el sistema tributario debe responder a la capacidad económica de los contribuyentes¹², es decir, los que tienen más deben tributar más y los que tienen menos, menos.
- *Principio de irretroactividad*: establece qué ley tributaria rige hacia el futuro y que no recaigan impuestos nuevos sobre los hechos pasados.
- *Principio de legalidad*: este principio consiste básicamente en que la obligación de pagar tributos tiene como única fuente la ley y que esta, y no la voluntad del funcionario de turno, debe definir todos los elementos de la obligación tributaria.
- *Principio de debido proceso y poder sancionador*: este principio se refiere a la obligación de establecer procedimientos regulados que sigan los principios del debido proceso¹³, con mayor razón considerando que la administración de impuestos tiene la potestad de imponer importantes sanciones en dinero por la violación de las obligaciones, si bien no puede imponer la cárcel, ya que no existe en Colombia la cárcel por deudas.

Del régimen del gasto público

El sector público compra bienes y servicios para consumirlos en el presente (gasto corriente) o para invertir en bienes físicos y así incrementar la capacidad de producción futura (inversión pública)¹⁴. Este es el destino del dinero recaudado con los tributos y las inversiones y endeudamiento del Estado. Pero, ¿quién decide

en qué se gasta y cómo?, ¿existe algún control en este procedimiento?

En principio, las cabezas de la Rama Ejecutiva gastan el dinero para adelantar las diversas políticas que las llevan a ser elegidas. Así, las decisiones las toman: el gobierno nacional, en lo que le compete; los alcaldes y concejos municipales, en los municipios; y los gobernadores y las asambleas departamentales, en los departamentos. En este sentido es que presentan su plan de gastos en los respectivos presupuestos y, una vez aprobados, los ejecutan.

Sin embargo, no todos los gastos públicos son de discrecionalidad de los funcionarios elegidos. La Constitución Política de 1991 incluye algunos mandatos referentes al gasto público que todo gobierno debe cumplir, independientemente de la forma como desee administrar el

Actividad 5 **Para reflexionar**

Los principios de eficiencia y de progresividad son fuente de múltiples discusiones sobre la forma de encontrar el punto óptimo del sistema tributario del país. Por una parte, es importante que la tributación del Estado sea eficiente, pero también es deseable que la tributación no recaiga más que proporcionalmente sobre los sectores de menores ingresos (esto se conoce como impuestos regresivos, en violación del principio de progresividad). Sin embargo, a veces es más eficiente imponer impuestos iguales para todos. Por ejemplo, el impuesto a las ventas, que ahorran el esfuerzo y dinero de determinar quién los paga y en qué situación económica se encuentra. Encontrar un punto en el que los impuestos sean tanto eficientes como progresivos no es fácil y, por eso mismo, con frecuencia se requiere del sacrificio de un principio a costa del otro*.

¿Cómo resuelve usted la tensión entre la equidad y la eficiencia? Proponga una solución para imponer tributos que sean tanto eficientes como progresivos. Puede investigar sobre los tipos de impuestos que se ponen en otros países para resolver este problema.

* Cárdenas, *Introducción*.

¹² Este principio es muy cercano al de equidad, tanto que para algunos su mención constitucional es innecesaria.

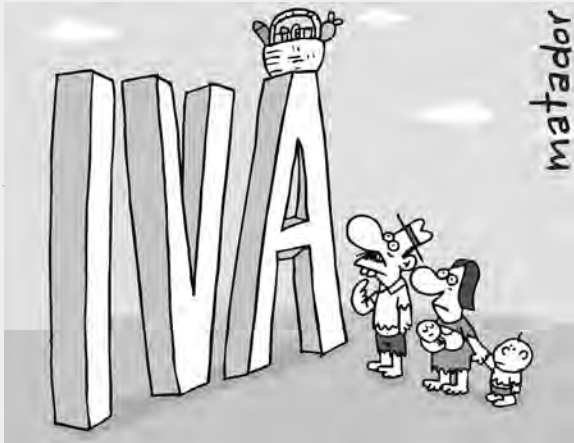
¹³ Véase en este libro el capítulo 12 “El debido proceso”, por Ricardo Posada Maya.

¹⁴ Cárdenas, *Introducción*.

Actividad 6
Para discutir

La constitucionalidad del impuesto a la canasta familiar

¿Hay un límite constitucional a los impuestos? La Corte Constitucional ha sostenido en algunas ocasiones que sí, en especial cuando se imponen tributos al conjunto de bienes de consumo que se conoce como “canasta familiar”. La Corte ha insistido en que la canasta familiar no puede ser gravada con tributos*. En el año 2002 la administración del expresidente Álvaro Uribe presentó un proyecto de reforma tributaria en el cual ordenaba a partir del 2005 un Impuesto al Valor Agregado (IVA) de 2% a los productos de la canasta familiar. Para algunos, la medida era positiva, en la medida en que se iban a recaudar \$800.000 millones de pesos para el manejo de las finanzas públicas del país**; otros, entre ellos la Corte Constitucional, se opusieron a la medida y argumentaron que la conexión entre la fuente de los ingresos y el gasto que se pretendía dar con ellos no era adecuada. La Corte consideró que los \$800.000 millones de pesos que el gobierno deseaba recaudar, al ser destinados para financiar la seguridad democrática, ponía a las personas en estado de pobreza una carga adicional –la de financiar la guerra– a la que ya debían cargar por vivir en medio del conflicto armado***.



¿Qué principios tributarios puede haber usado la Corte para sustentar su posición?, ¿cree que si el impuesto se hubiera destinado al gasto social la Corte hubiera declarado constitucional la medida?

* Helena Alviar, “Social Policy and the New Development State: The Case of Colombia”. En *Law and the New Developmental State: The Brazilian Experience in Latin American Context* (Cambridge University Press, 2014), 345-368. En línea: https://media.law.wisc.edu/m/trdm2/helena_alviar_paper.pdf
** “La metamorfosis de la reforma”. *El Tiempo*, 9-12-2003. En línea: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1043671>
*** Los distintos argumentos planteados por la Corte Constitucional se pueden estudiar en la Sentencia C-776 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda.

país. Por ejemplo, para cualquier gobierno, además de entender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, es obligatorio que las apropiaciones presupuestales (gastos) de la Ley Anual de Presupuesto se utilicen para dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, pagar las deudas o hacer pagos ordenados por un juez en una sentencia. Por otra parte, también es obligatorio que la Ley de Apropiaciones contenga un componente de gasto público social¹⁵ que tiene prioridad sobre cualquier otro gasto (art. 366). Es decir, los gobernantes no pueden decidir no invertir en lo social, salvo en los casos de guerra exterior o por razones de se-

guridad nacional. Además, la Constitución y el Estatuto Orgánico de Presupuesto establecen que los gastos de inversión social relacionados con el gasto total no pueden disminuir de un año a otro. Así, los gobernantes no pueden invertir menos en lo social de lo que invirtieron el año anterior.

Finalmente, en materia de gasto público, el gobierno nacional está obligado a transferir una proporción de sus ingresos a los departamentos, distritos y municipios para que estos los usen en inversión social. Es el llamado Sistema General de Participaciones (SGP), que corresponde a un porcentaje de los ingresos de la nación que se transfieren a los departamentos, distritos y municipios para que financien los servicios a su cargo y den prioridad a

15 Como se vio, se encuentra definido de manera demasiado amplia en la Ley Orgánica de Presupuesto.



Magnolia Prada Rivas.

Obras de restauración del Templo del Libertador y del Parque de los Periodistas en el centro de Bogotá.

los servicios de salud, educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. Esta prioridad en el gasto garantiza la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre. Es de relevancia destacar que los territorios indígenas, en principio, deberían recibir este dinero, pero no lo han hecho, pues están a la espera de que se vuelvan entidades territoriales según la recién expedida Ley de Ordenamiento Territorial que los reglamenta, norma que tardó en expedirse veinte años desde la expedición de la Constitución de 1991.

Pero, ¿quién controla el gasto público? En parte lo hacen los organismos de control (Contraloría y Procuraduría), así como la Fiscalía, cuando se cometen delitos contra la administración pública, conductas que usualmente se conocen como corrupción¹⁶. Las oficinas de control interno de cada entidad también deben vigilar el gasto y reportar las irregularidades a los organismos de control. Pero, además, la Constitución establece que el gobierno

debe definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del SGP que incorpore la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas (art. 356). Por último, la Corte Constitucional también ha servido como institución de control en la forma como se lleva a cabo el gasto público a través del control de constitucionalidad¹⁷.

La política fiscal y los planes de desarrollo

Un instrumento fundamental de política fiscal son los *planes de desarrollo* o lineamientos de política que deben seguir los gobiernos durante sus años de mandato. Del capítulo de la Constitución que los regula, importa resaltar las siguientes características. Primero, existen dos leyes que se refieren a la planeación en Colombia: la Ley

16 Véase en este libro el capítulo 8 “Justicia: ¿derecho o privilegio?”, por Isabel Cristina Jaramillo Sierra.

17 Así, ha establecido que los recursos del SGP son inembargables, a excepción de la existencia de créditos laborales. También ha precisado que los recursos del SGP no pueden destinarse a gastos diferentes de aquellos de “inversión social”. Es el caso de los gastos de funcionamiento de la administración de un municipio analizados por la Corte Constitucional. Sentencia C-520 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Actividad 7

Para reflexionar

En algunos países la planeación de la economía no es parte de la Constitución ni está establecida como un principio o ideal del Estado. Cada gobierno decide cómo plantea su propia política fiscal (ingresos y gastos), que es aprobada o no por el Congreso al inicio del período que le corresponda. En Estados Unidos, por ejemplo, si el Congreso no aprueba el presupuesto, la Rama Ejecutiva federal se paraliza hasta que lo apruebe, pero no hay un ordenamiento constitucional del tema detallado, como ocurre en Colombia.

¿Cuáles son las ventajas y desventajas de nuestro diseño institucional para la planeación presupuestal?

Orgánica del Plan y la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. La primera regula el proceso de planeación económica en Colombia y las instituciones que lo realizan, la segunda contiene los propósitos u objetivos nacionales de desarrollo a largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. Además, esta última contiene el *Plan Nacional de Inversiones Públicas* donde se especifican los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la determinación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

El gobierno es el encargado de elaborar el Proyecto de Ley para el Plan y presentarlo al Congreso para su aprobación, y este tiene limitaciones constitucionales para modificarlo. Dada la importancia de esta ley para la nación, en caso de que el Congreso no apruebe el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres (3) meses después de presentado por el gobierno, este podrá aprobarlo mediante decreto con fuerza de ley¹⁸.

Pero, ¿quién vigila que se haga lo que dice el Plan que se debe realizar? La vigilancia de la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo corre a cargo de tres entidades: el

Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Congreso y la Corte Constitucional. El DNP es el encargado de evaluar la gestión y los resultados de la administración pública y puede, selectivamente, realizar dicha evaluación a cualquier entidad territorial¹⁹. Además, el Congreso debe recibir todos los años un informe sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social²⁰. Por último, la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las disposiciones del Plan.

Política monetaria y régimen constitucional

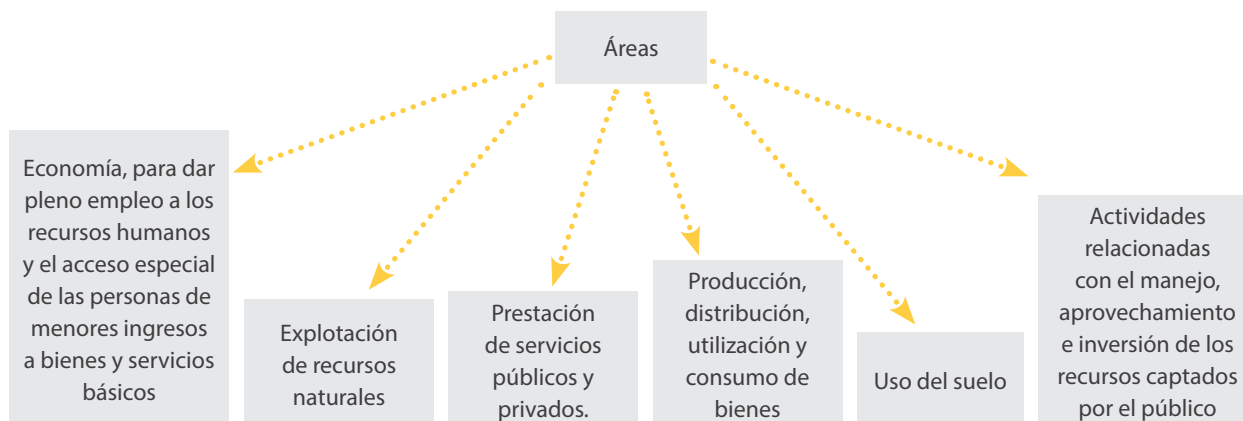
La política monetaria en Colombia la maneja el Banco de la República, cuya principal misión es regular la oferta monetaria o cantidad de dinero, como sujeto de derecho público que tiene autonomía administrativa, técnica y patrimonial. Ello quiere decir que el Banco es independiente en todo sentido del presidente de la república, salvo en cuanto este nombra a varios de sus miembros²¹. Tal autonomía debe ejercerla de conformidad con la ley que apruebe el Congreso de la República²².

El Banco de la República tiene varias funciones generales. La primera es regular la moneda, es decir, decidir cuánta moneda o dinero circulante habrá en el mercado, lo cual tiene un efecto directo en la inflación. A mayor cantidad de moneda en el mercado, mayor riesgo de inflación. Sin embargo, si hay muy poca moneda, ello afecta la capacidad de inversión y gasto de las personas y frena la economía. La decisión de la cantidad de moneda en la economía la toma el Banco de la República, ente que también emite la moneda legal (los billetes y monedas en sus diversas denominaciones). Con ello, además, vela por mantener la capacidad adquisitiva de la moneda, es decir, por limitar la inflación. En segundo lugar, el Banco regula los cambios internacionales de valor del peso administrando las reservas de dinero del país en el exterior, el crédito solicitado por el Estado y la aprobación y oferta en los

18 Lo que hoy se conoce como "legislación por prescripción". Véase Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Constitución Política de Colombia (arts. 343 y 344).
20 Constitución Política de Colombia (art. 189, num. 12).
21 Sobre la independencia del Banco de la República, véase en este libro el capítulo 21 "Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991", por Hernán Vallejo González. En línea: <https://economia.uniandes.edu.co/component/booklibrary/478/view/46/Documentos%20CEDE/893/algunos-efectos-y-retos-economicos-de-la-constitucion-colombiana-de-1991>
22 Entre otras: Corte Constitucional, Sentencias C-21 del 27 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-50 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Esquema 1 Áreas en las que el Estado puede, por disposición constitucional, intervenir en los mercados



Fuente: Elaboración propia.

mercados extranjeros de bonos de deuda de Colombia (es decir, actúa como agente fiscal del gobierno). El Banco es también garante de la estabilidad del sistema financiero, al ser prestamista de última instancia y banquero de los bancos, y al garantizarles la disponibilidad de dinero en tiempos de crisis. Estas funciones las ejerce la junta directiva del Banco de la República, encargada –además de la política monetaria del país, y de ser autoridad cambiaria y crediticia del país– de la dirección y ejecución de las funciones del Banco.

Finalmente, si bien la Constitución define al Banco de la República como la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia del país, es importante tener en cuenta el necesario funcionamiento armonioso, que ordena la Constitución, del conjunto de las ramas del poder público relacionadas con la política económica²³. Así, pese a ser el Banco la autoridad cambiaria, la Carta establece que le corresponde al Congreso establecer el marco general para el comercio exterior, para las inversiones extranjeras en Colombia, para las inversiones de colombianos en el exterior y para establecer la tasa de cambio internacional. Así mismo, le exige al Banco de la República rendir informes al Congreso sobre la ejecución de sus funciones o sobre cualquier asunto que le sea solicitado por el legislativo,

pudiendo inclusive requerir la asistencia al Congreso del gerente del Banco²⁴.

En el ámbito microeconómico

La Constitución Política organiza el sistema económico colombiano como uno de *economía mixta*, es decir, donde coexisten tanto el mercado libre como la intervención activa del Estado²⁵. En Colombia, dicho sistema tiene como directriz constitucional tres principios: la dirección estatal de la economía, la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada y la función social de la empresa.

Principios constitucionales del ámbito macroeconómico

El principio de la *dirección estatal de la economía* es aquel por el cual el Estado es el gran regulador de las actividades económicas. Su contenido se materializa en dos aspectos. Primero, que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; segundo, que mediante ley el Estado intervendrá en el libre juego de oferta y demanda de los mercados en las áreas

24 Constitución Política de Colombia (arts. 150, 208, 371).

25 Enrique Low Murtra y Jorge Gómez Ricardo, *Teoría fiscal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997). Para una mayor ilustración, véase “La superioridad del sistema de economía mixto”, en Jorge Macón, *Economía del sector público* (Bogotá: McGraw-Hill, 2002), cap. 1.

23 Tan es así que, para la debida coordinación de las políticas fiscales y monetarias con el fin de lograr un buen crecimiento económico y altos niveles de empleo, el ministro de Hacienda y Crédito Público preside la junta directiva del Banco de la República.

definidas constitucionalmente. Los propósitos de dicha intervención son básicamente mejorar la calidad de vida de los habitantes, realizar la distribución equitativa de las oportunidades, obtener el desarrollo, preservar un ambiente sano, lograr la productividad y la competitividad, democratizar el crédito y, finalmente, alcanzar el desarrollo armónico de las regiones.

El segundo de los principios económicos es el de la *libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada*, cuyos únicos límites son el bien común o el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural. Así las cosas, existe en Colombia libertad de competencia económica y, por tanto, no podrán exigirse permisos ni requisitos previos para el desarrollo de cualquier actividad, salvo que la ley los establezca.

Finalmente, el tercero de los principios, el de *función social de la empresa*, entiende a esta como base del desarrollo de toda la sociedad. Por tal motivo, constitucionalmente se establecen obligaciones tanto para el Estado, en lo que tiene que ver con la promoción de la actividad empresarial, como para las mismas empresas, respecto a su función social, por cuanto su actividad está limitada por el interés superior del bienestar social. Así, por ejemplo, la actividad de una empresa no puede dejar un daño ambiental irreversible, pues ello viola su función social.

El desarrollo constitucional y jurisprudencial sobre los anteriores principios económicos es amplio. En primer lugar, y de gran importancia, el Acto Legislativo 3 de 2011 establece que la dirección estatal de la economía debe llevarse a cabo dentro de un marco de sostenibilidad fiscal. Existe amplia jurisprudencia sobre el concepto de libertad económica, que la define como un derecho limitado, estableciendo, por tanto, que la libertad de empresa no es una “barrera infranqueable a la intervención del Estado”²⁶.

Monopolios y régimen constitucional

En Colombia, la regla general es la libre competencia. Es decir, los diferentes mercados, si bien tienen alguna regulación, funcionan en un ámbito de constante movimiento de la demanda y la oferta. Sin embargo, como

26 Corte Constitucional. Sentencias C- 384 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-375 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-6 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Actividad 8

Para investigar

La nación colombiana es la dueña del espacio electromagnético y les alquila las ondas de comunicación a los diferentes medios: televisión, radio y telefonía celular. Por ello recibe una cantidad importante de dinero. Sin embargo, también tiene el deber de regular la prestación de estos servicios y evitar que algún vendedor se constituya en monopolio o abuse de su posición dominante. Investigue qué tipo de medidas ha tomado el Estado para evitar que se constituyan monopolios o se abuse de la posición dominante en la provisión de televisión e Internet por cable y si ello ocurre en la provisión de telefonía celular.

lo ha señalado la microeconomía, los mercados fallan y deja de haber libre competencia, como pasa cuando hay monopolios. El monopolio corresponde al caso extremo de la competencia imperfecta²⁷, en la cual existe un solo empresario vendedor que controla el mercado y fija los precios libremente. Esto justifica la intervención del Estado a través de una regulación económica para promover de nuevo la libre competencia²⁸. Una situación similar ocurre cuando un actor domina el mercado de tal manera que puede controlar la oferta y/o la demanda de determinados bienes y servicios. A esto se le llama abuso de posición dominante. En relación con los monopolios y el

27 Por oposición a la *competencia perfecta*, situación de mercado en la cual existen muchos compradores y vendedores, pero ninguno, individualmente, puede ejercer influencia decisiva sobre el precio. Véanse Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch y Richard Schmalensee, *Economía* (México, McGraw-Hill, 1990); N. Gregory Mankiw, *Macroeconomía* (Barcelona, Antoni Bosch, 2000); Francisco Mochón, *Economía. Teórica y práctica* (Madrid, McGraw-Hill, 1993).

28 A partir de las definiciones planteadas por varios autores que han estudiado la *regulación económica*, esta podría definirse como el conjunto de reglas, imposiciones, limitaciones, restricciones o actuaciones específicas, establecidas por las autoridades administrativas o el gobierno en un mercado, con el fin de restringir la discrecionalidad de los agentes económicos en cuanto a sus decisiones sobre precio, cantidad, calidad y condiciones de entrada o salida de un mercado, cuyo incumplimiento genera usualmente algún tipo de coerción del aparato estatal. Véanse, entre otras obras: W. Kip Viscusi, John M. Vernon y Joseph E. Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust* (Cambridge, MIT Press, 1998); Barry Mitrnick, *La economía política de la regulación* (México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

abuso de la posición dominante, la Constitución Política de 1991 ordena lo siguiente:

1. El Estado debe, por medio de la ley, intervenir los mercados nacionales que puedan presentar abuso de posición dominante y que obstruyan o restrinjan la libertad económica (monopolio).
2. Sin embargo, se permiten los monopolios rentísticos, siempre y cuando tengan una finalidad de interés público social y en virtud de la ley.
3. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse hasta cuando se haya indemnizado a las personas que quedan privadas del ejercicio de una actividad económica libre y lícita.

Un ejemplo de monopolios permitidos por ley lo dan los juegos de suerte y azar, así como la producción de licores. Los ingresos por estos monopolios deben tener una destinación específica. De esa manera, en el caso de los juegos de suerte y azar, las rentas deben ir destinadas *exclusivamente* a los servicios de salud. Por su parte, las rentas obtenidas de los licores están destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La gran mayoría de la jurisprudencia constitucional relativa a los monopolios ha girado en torno a los monopolios rentísticos reglamentados por ley. La Corte Constitucional ha reiterado que se trata de actividades que se reserva el Estado para su explotación, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones de interés público²⁹.

Regulación de servicios públicos y régimen constitucional

La Constitución establece que le corresponde al Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes, pudiendo inclusive hacerlo directamente, en busca siempre de solucionar necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. En el caso de permitir que los particulares los presten, el Estado conservará siempre su regulación, control y vigilancia. Mediante ley el Estado podrá, por razones de soberanía o interés social, reservarse la prestación de algunos servicios públicos, indemnizando

Actividad 9

Para discutir

¿Está de acuerdo con prohibir la huelga en los servicios públicos?

Lea la Sentencia C-473 de 1994 y mencione tres argumentos de la Corte Constitucional a favor y tres en contra de prohibir la huelga en los servicios públicos.

previamente a las personas que resulten privadas del ejercicio lícito de dicha actividad. El capítulo V del Título XII de la Constitución regula los servicios públicos y los define como inherentes a la finalidad social del Estado, al buscar básicamente el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos (arts. 365 y 366).

Además, la Constitución diferencia entre los servicios públicos domiciliarios –acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible– y no domiciliarios –todos los que no se encuentran incluidos en la lista de domiciliarios–, que son los de educación y salud. A los servicios públicos domiciliarios se les dedicará el último apartado del régimen microeconómico; los de educación y salud están considerados en otros capítulos de este libro³⁰.

Los servicios domiciliarios están regulados por ley. Esta define su cobertura, calidad y régimen tarifario³¹, así como el régimen de los usuarios y la prohibición de la huelga en los servicios públicos³². Precisamente por esta regulación legal tan estricta, si bien los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por empresas privadas, estas no tienen las libertades de empresa que tienen los privados en otros mercados. Adicionalmente, los servicios públicos domiciliarios cuentan con mandato constitucional especial en lo que respecta a la inspección, control y vigilancia a través de la Superintendencia

30 Capítulo 18 “La educación: protectora de otros derechos”, por Betsy Perafán Liévano, y capítulo 19 “El núcleo esencial del derecho a la salud”, por Everaldo Lamprea Montealegre.

31 Según el artículo 367 de la Constitución Política, la ley deberá establecer las entidades competentes para fijar las tarifas.

32 Al respecto, véase Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

29 Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

de Servicios Públicos Domiciliarios. Finalmente, en materia de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, en este punto es importante resaltar que los municipios pueden, según la Constitución, prestar directamente los servicios públicos³³.

La extensa jurisprudencia constitucional sobre los servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, por una parte, ha revitalizado el papel de estos servicios como base de la legitimidad del Estado, que respeta los servicios públicos como “un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio”³⁴; y por otra parte, ha resaltado la importancia de la regulación legal, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos³⁵. También existe una abundante jurisprudencia sobre los subsidios a servicios públicos domiciliarios, donde indica que la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas pueden conceder dichos servicios de manera que las personas de menores ingresos puedan pagar sus tarifas y así satisfacer sus necesidades básicas³⁶.

Finalmente, la Corte Constitucional ahonda en la importancia de la participación del usuario en la gestión y fiscalización de los servicios públicos, para que, en sus términos, “experimente personalmente las ventajas de pertenecer al Estado Social de Derecho”³⁷.

Consideraciones finales

Diseño e implementación de las políticas públicas económicas³⁸

Este capítulo acercó al estudiante a la comprensión de los diferentes instrumentos, regulados constitucionalmente,

33 Véanse, también, los artículos 289, 302, 311 y 319 de la Constitución, relacionados con las entidades territoriales y su papel en materia de servicios públicos.

34 Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 29745 de 18 de julio de 2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

36 Consejo de Estado. Sentencia 2005-01234 de marzo de 2011. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

37 Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 Para una mayor ilustración sobre el diseño e implementación de políticas públicas en materia tributaria, véase Instituto Colombiano de Derecho Tributario, “Teoría y praxis en el diseño de políticas públicas tributarias”, en Eleonora Lozano Rodríguez. *Memorias XXXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario* (Bogotín: ICDT, 2007).

Actividad 10
Para discutir

Con base en los principios que guían la prestación de los servicios públicos domiciliarios y de los principios constitucionales que guían la economía, diga si usted está de acuerdo con que las personas de estratos altos subsidien los servicios públicos domiciliarios de las personas de estratos 1, 2 y 3.

con que cuenta el gobierno en materia económica. El régimen económico constitucional debe estudiarse y comprenderse desde una visión interdisciplinaria (derecho, economía y ciencia política). Además, como se analizó, en la toma de decisiones económicas se encuentra la interacción de distintos agentes de las tres ramas del poder público. Así, analizar una decisión de política económica únicamente desde la perspectiva del gobierno puede llevar al estudiante a desconocer la compleja normativa constitucional que regula al Estado colombiano.

Actividad 11
Para investigar

Investigue cómo pueden los usuarios participar en la gestión y fiscalización de los servicios públicos.

Glosario*

Año o vigencia fiscal. Período al que se refiere el presupuesto de un Estado. También, período anual de una liquidación de impuestos, que puede coincidir o no con el año calendario o anual. Los términos año fiscal, período fiscal y ejercicio fiscal se refieren al problema de la vigencia y legalidad de las operaciones presupuestales ejecutadas dentro del respectivo año calendario, que en Colombia coincide con el año fiscal.

Contribución fiscal o especial. Especie de tributo cuyo hecho generador es el beneficio derivado de la realización de alguna obra pública o actividades estatales que no son directamente atribuibles a algún sujeto.

Déficit fiscal. Situación en la cual los egresos del fisco son superiores a sus ingresos.

Falla de mercado. Concepto que sirve para designar las situaciones en que el mercado no alcanza a proveer ciertos bienes en forma eficiente o lo hace de un modo imperfecto; es una asignación de recursos errónea o ineficiente.

Gasto público. Conjunto de erogaciones que realiza el sector público de la economía para adquirir factores de la producción, con miras a proporcionar los bienes y servicios públicos que se han establecido en el presupuesto anual.

Impuesto. Prestación coactiva, habitualmente pecuniaria, que un ente público tiene derecho a exigir de personas llamadas por la ley a satisfacerla, cuando realizan determinados presupuestos reveladores de capacidad económica para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Inflación. Elevación general del índice de precios, que puede ser provocada por el aumento de la velocidad de circulación de la moneda, por la emisión de moneda y, en general, por un aumento de la masa monetaria mayor que el aumento de la producción de bienes del período. Este proceso afecta en distinta proporción

la estructura de costos de los diversos productos y las distintas rentas, por lo que se altera la estructura de precios relativos y la distribución de ingresos.

Ingresos públicos. Entradas que obtiene el Estado, preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económica social. En Colombia, esta categoría comprende: ingresos corrientes, recursos de capital, contribuciones parafiscales y Fondos Especiales**.

Presupuesto. Previsiones anuales de ingresos y gastos de una organización, ya sea pública o privada***.

Presupuesto plurianual. Estimación para varios años de los egresos e ingresos del Estado con fines de planificación y control.

Servicio público domiciliario. De acuerdo con la Ley 142 de 1994 es definido como aquel que reciben las personas en su domicilio o lugar de trabajo para satisfacer sus necesidades básicas de bienestar y salubridad. Son, entre otros, los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas, telefonía pública básica conmutada (Ley 142 de 1994).

Tasa. Tributo que se caracteriza por la prestación de un servicio individualizado hacia el sujeto pasivo. De esta manera, la *tasa* es un pago que el contribuyente realiza por una contraprestación o servicio directo estatal que recibe.

Tributo. Se emplea en forma genérica aludiendo a impuestos, tasas y contribuciones.

* Excepto donde se señala otra referencia, las definiciones son tomadas/adaptadas de Fernández, *Vocabulario de hacienda pública*.

** Miranda, *El derecho de las finanzas*, 65. Retoma definición de Fonrouge, *Derecho financiero*.

*** Ministerio de Hacienda y Crédito Público, *Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano* (Bogotá, Impreandes, Presencia, s.f.), 11.

Material de apoyo

Documentales

- “Argentina Colapso 2001”. Discovery Channel. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=KP-fZ0-j8xfw>
- “Dennos dinero: ¿cómo cambiar el mundo?” Bosse Lindquist. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=F9fVqcgunNc>

Sitio Web de consulta

Vive Digital Colombia. Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones. <http://www.mintic.gov.co/portal/vivedigital/612/w3-channel.html>

Referencias bibliográficas

Alviar, Helena. “Social Policy and the New Development State: The Case of Colombia”. En *Law and the New Developmental State: The Brazilian Experience in Latin American Context*. Cambridge University Press, 2014, 345-368. En línea: https://media.law.wisc.edu/m/trdm2/helena_alviar_paper.pdf

Cárdenas Santamaría, Mauricio. *Introducción a la economía colombiana*. Bogotá: Alfaomega, 2009.

Fernández, Luis Omar. *Vocabulario de hacienda pública, fiscal, económico y jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

Fischer, Stanley; Rudiger Dornbusch y Richard Schmalensee. *Economía*. México: McGraw-Hill, 1990.

Fonrouge, Giuliani. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

Krugman, Paul; Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de economía*. Barcelona: Reverté, 2008.

Lewin Figueroa, Alfredo. *Principios constitucionales del derecho tributario. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 1992-2001*. Bogotá: Nomos, 2002.

Lozano Rodríguez, Eleonora. “Fundamentos de la tributación colombiana”. En *Fundamento de derecho de los negocios para no abogados*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Uniandina, 2013.

_____. “Teoría y praxis en el diseño de políticas públicas tributarias”. En *Memorias XXXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2007.

Macón, Jorge. *Economía del sector público*. Bogotá: McGraw-Hill, 2002.

Mankiw, N. Gregory. *Macroeconomía*. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Aspectos generales del proceso presupuestal colombiano*. Bogotá: Presencia, s.f.

Miranda Talero, Alfonso. *El derecho de las finanzas públicas*. Bogotá: Legis, 1999.

Mitnick, Barry. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Mochón, Francisco. *Economía. Teórica y práctica*. Madrid: McGraw-Hill, 1993.

Low Murtra, Enrique y Jorge Gómez Ricardo. *Teoría fiscal*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

Musgrave Richard A. y Peggy B. Musgrave. *Hacienda pública, teórica y aplicada*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

Plazas Vega, Mauricio Alfredo. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*. T. I: *Derecho de la hacienda pública*. Bogotá: Temis, 2006.

Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Rosen, Harvey. *Hacienda pública*. Madrid: McGraw-Hill, 2002.

Viscusi, W. Kip; John M. Vernon y Joseph E. Harrington. *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: MIT Press, 1998.

VV.AA. *Del derecho de la hacienda pública al derecho tributario*. Bogotá: Temis / Nápoles: Jovene, 2011.

Algunos efectos y retos económicos de la Constitución de 1991

Hernán Vallejo González

Costo de oportunidad
restricción de presupuesto
inconsistencia intertemporal
asignación de recursos



Objetivos de aprendizaje

- Identificar varias de las reformas que se llevaron a cabo dentro del espíritu de la Constitución de 1991.
- Conocer algunos de los efectos económicos más importantes atribuibles a la Constitución de 1991, considerando su magnitud e importancia.
- Analizar los efectos y las reformas de forma crítica, identificando los distintos argumentos y posiciones al respecto y los retos para el futuro.



Guía de estudio

Este capítulo presenta los principios económicos esenciales para entender los efectos económicos de la Constitución de 1991; describe los efectos macroeconómicos asociados a esa Constitución, seguidos por los efectos microeconómicos y sociales; hace referencia a los costos de algunas de las decisiones de la Corte Constitucional. Cada efecto económico se analiza teniendo en cuenta lo establecido textualmente en la Constitución de 1991 y su relación con principios económicos, y describiendo las reformas derivadas de la Constitución. El análisis se hace con base en lo que ha sucedido en Colombia y en otros países de América Latina y del mundo, antes y después de 1991.

Principios económicos

En esta sección se presentan algunos principios económicos que se citan a lo largo del capítulo, con el fin de facilitar la comprensión del mismo. Como apoyo adicional, se incluye un glosario al final. Quienes ya tienen suficiente formación económica, pueden omitir esta sección y pasar a la siguiente. Quienes deseen profundizar en estos conceptos, pueden hacerlo en textos clásicos como el de Mankiw¹ o en textos alternativos y gratuitos, como el que edita The Core Project².

Definición de economía

La economía estudia la asignación social de recursos escasos para satisfacer las necesidades crecientes de una población. La corriente dominante de la economía puede ser entendida como un conjunto de formas de pensar –no el mejor o el único–, altamente replicables y simétricas, que estudian agentes que tienen objetivos y restricciones. Los agentes que más se estudian en economía son los hogares, las empresas y los gobiernos.

Los hogares buscan maximizar su bienestar, sujetos a una serie de restricciones, como por ejemplo el presupuesto, el tiempo, las leyes y las normas sociales. Las empresas buscan maximizar sus ganancias sujetas a restricciones como su tecnología, la disponibilidad y el precio de los insumos, las leyes y las normas sociales. Los gobiernos buscan maximizar el bienestar de la sociedad –si son benevolentes–, de un partido político, de sus amigos o de los familiares del presidente o del dictador de turno, sujetos a restricciones de presupuesto, tiempo, leyes y normas de comportamiento social. Todos los agentes económicos tienen objetivos y restricciones. Una vez se logra entender cómo es que estos toman decisiones en función de sus objetivos y sus restricciones, se comprende cómo se asignan recursos escasos en una sociedad.

Costo de oportunidad

El costo de oportunidad se define como aquello que un agente sacrifica para poder obtener algo. En economía, todos los costos son de oportunidad, a no ser que se especifique lo contrario. Además, todos los agentes económicos enfrentan costos de oportunidad al tomar decisiones. Por ejemplo, si un hogar compra un carro, pierde opciones para irse de vacaciones; si una empresa decide capacitar a todos sus trabajadores, el costo de oportunidad es lo que esos trabajadores dejan de producirle a la empresa mientras se están capacitando; si un gobierno invierte más en pensiones, puede dejar de invertir más en educación. Todos los agentes económicos tienen costos de oportunidad y al tomar decisiones deben tener en cuenta esos costos, si quieren que esas decisiones sean razonables y contribuyan a mejorar el bienestar.

Restricción de presupuesto

Posiblemente la restricción económica más conocida es la restricción de presupuesto. Dado un ingreso y los precios vigentes, la restricción de presupuesto determina qué canastas de bienes, servicios, insumos o factores pueden comprar un hogar, una empresa o un gobierno. La existencia de la restricción de presupuesto implica que, en un

1 N. Gregory Mankiw, *Principios de Economía*, 6 ed. (Cengage Learning Latin America, 2012).

2 The Core Project, *The Economy*. En línea: core-econ.org

momento del tiempo, si un hogar, empresa o gobierno gasta todo su ingreso y desea consumir más de algo, debe sacrificar el consumo de otra cosa.

La restricción de presupuesto también puede ser intertemporal. Es decir, un agente económico puede comprar algo ahora más de lo que le permite su ingreso, endeudándose, a cambio de consumir menos de lo que le permite su ingreso en el futuro. Un agente también podría consumir menos en el presente de lo que le permite su ingreso, ahorrando con el fin de poder comprar más en el futuro.

Inconsistencia intertemporal

El problema de la inconsistencia intertemporal se define acá como el problema de asignación de recursos que se genera cuando las decisiones que son óptimas para los agentes a corto plazo no son óptimas a largo plazo. Todos los agentes económicos somos inconsistentes intertemporalmente de una u otra forma. Por ejemplo, en los hogares comer mucho a corto plazo puede incrementar el bienestar, pero a largo plazo puede reducirlo, al generar problemas de salud. En las empresas, invertir poco en capital físico o humano podría incrementar las ganancias a corto plazo, a cambio de reducirlas en el largo plazo. En los gobiernos, endeudarse mucho hoy puede permitirles mostrar muchos resultados a corto plazo, a cambio de grandes sacrificios por parte de los gobiernos y las generaciones futuras.

Bienes públicos

Los bienes públicos son bienes que no son rivales ni excluibles. Un bien no es rival cuando su consumo por un individuo no limita el consumo por otro³; un bien no es excluible cuando no existen mecanismos ágiles para impedir el consumo de quien no lo pague. Casos importantes de bienes públicos son la justicia, la defensa nacional, la equidad y el buen funcionamiento de los mercados. Por ejemplo, si se hace justicia, el hecho de que un individuo se sienta mejor por ello no impide ni restringe de

3 Por ejemplo, si uno disfruta al ver unos fuegos artificiales, eso no impide que otras personas también puedan disfrutar de esos mismos fuegos artificiales. Sin embargo, si uno se come una hamburguesa, eso sí restringe la posibilidad de que otros también puedan comerse esa misma hamburguesa. Como tales, los fuegos artificiales no son bienes rivales, mientras que las hamburguesas sí lo son.

forma alguna que todos los demás individuos también puedan beneficiarse con ese resultado. Cuando los bienes son públicos, tienen menor rentabilidad privada, y el sector privado tiende a proveer una cantidad de dichos bienes inferior a la óptima desde el punto de vista social.

Función de los mercados

Los mercados son mecanismos importantes de asignación de recursos, en la medida que requieren poca información (el precio) para hacer esa asignación y dado que, en muchos casos, cada agente puede escoger y velar por su propio interés, mucho mejor que un funcionario público. Además, el buen funcionamiento de los mercados les permite a los gobiernos concentrarse en sus tareas esenciales y garantizar una provisión mejor y más sostenible de bienes y servicios para todos. La información que un gobierno requeriría para poder tomar decisiones que normalmente toman los individuos, por ejemplo, en términos de vestido, comida y recreación, es tan grande y compleja de procesar que absorbería muchos recursos que el Estado puede utilizar para atender asuntos que los mercados y los agentes de manera individual no pueden atender tan bien.

Sin embargo, los mercados tienen fallas. Por ejemplo, dado que ellos asignan recursos mediante el precio, quienes no consumen son aquellos agentes que no tienen interés en el bien, servicio o factor, o quienes no tienen el ingreso para poder pagar por ello. Por tanto, en una sociedad en la que los mercados asignan una parte importante de los recursos, los agentes de menores ingresos quedan sistemáticamente excluidos del consumo. Es por ello que los mercados no son buenos instrumentos para generar equidad.

En general, los mercados no son buenos para suministrar bienes públicos, ya que proveen menos de esos bienes que lo óptimo desde el punto de vista social. Es decir, si se dejara que los mercados proveyesen la justicia, la defensa nacional y la equidad, dichos bienes se abastecerían en cantidades y calidades subóptimas e incluso podría no haber provisión privada de dichos bienes para todos.

Función del Estado y de las organizaciones sociales

Los Estados y diversas organizaciones sociales son soluciones comunitarias a la provisión de bienes públicos

como justicia, defensa nacional, equidad y buen funcionamiento de los mercados. La gran fortaleza del Estado y de las organizaciones sociales es que pueden anteponer el interés general al interés privado más fácilmente que los mercados. En particular, el Estado puede dedicar recursos considerables a la provisión de bienes públicos, y al control de males públicos⁴, con más facilidad que los agentes privados.

Infortunadamente, los Estados y las organizaciones sociales también tienen fallas. Dentro de las mismas están la corrupción, la falta de información, problemas técnicos complejos en el diseño y aplicación de políticas públicas y la captura de sus decisiones por parte de grupos de interés privados.

¿Mercado, Estado u organizaciones sociales?

Entre mejor funcionen los mercados, menos tareas deberán cumplir el Estado y las demás organizaciones sociales y, por tanto, más podrán enfocarse en hacer aquellas cosas que los mercados no hacen bien. En este sentido, los mercados, el Estado y las demás organizaciones sociales son complementos y no sustitutos. La pregunta de fondo es: ¿cuáles recursos deberían ser asignados por el mercado, cuáles por el Estado y cuáles por las demás organizaciones sociales? En el siglo XX y el XXI esta pregunta ha tenido diferentes respuestas⁵.

Dado que las fortalezas y las debilidades de los mercados, del Estado y de las demás organizaciones sociales son diferentes, los mercados deberían asignar los recursos en los cuales sus fortalezas menos sus debilidades –es decir, sus fortalezas netas– sean mayores que las fortalezas netas del Estado y las fortalezas netas de las organizaciones sociales. El Estado debería asignar los recursos en los cuales sus fortalezas netas sean mayores que las fortalezas netas del mercado y las fortalezas netas de las organizaciones sociales. Finalmente, las organizaciones sociales deberían asignar los recursos en los cuales sus fortalezas

netas sean mayores que las fortalezas netas del Estado y las fortalezas netas de los mercados.

Si la división entre lo que deben asignar los mercados, el Estado y las otras organizaciones sociales es tan clara, ¿por qué hay tantos debates sobre la función de unos y otros? Hay muchas razones por las cuales los temas económicos generan debates. Entre ellas, es posible mencionar: disyuntivas entre eficiencia –incentivos para el esfuerzo– y equidad –igualdad de oportunidades y condiciones mínimas u óptimas de vida digna–; el corto y el largo plazo –inconsistencia intertemporal–; la medición de externalidades⁶ –unos agentes dan más peso a unas externalidades que a otras, dado que medirlas no es fácil–; y la definición precaria de conceptos, como por ejemplo en el caso de la competitividad y el neoliberalismo –cada quien asume la definición que más le parece o más le conviene, sin tener en cuenta o sin saber, la definición que usan los demás.

Por razones como las anteriores, la economía y la política económica han sido, son y probablemente seguirán siendo fuente de constantes debates en todos los segmentos

Actividad 1 Para discutir

A partir de su experiencia en el ingreso al sistema de educación superior, escriba un ensayo de máximo mil palabras en el cual utilice los siguientes elementos:

- Costo de oportunidad.
- Inconsistencia intertemporal, explicando claramente las diferencias entre lo que es óptimo en el corto plazo y lo que es óptimo en el largo plazo.
- Qué cosas deben ser asignadas por el mercado, qué cosas por el Estado y qué cosas por las organizaciones sociales.
- Luego, intercambie su ensayo con otro estudiante, lea el otro ensayo y discutan sus diferencias y sus coincidencias.

4 Un mal público es un mal que no es rival ni excluible. La gripa y la contaminación ambiental son ejemplos de males públicos.

5 Para posiciones diversas al respecto, véanse en este libro los capítulos a cargo de Helena Alviar García: 17 “Los derechos económicos sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, y 3 “La distribución de los recursos y la función del Estado”.

6 Una externalidad es un efecto en el bienestar de terceros causado por las decisiones de los agentes. Por ejemplo, al hacer una fiesta, la música podría complacer o, eventualmente, incomodar a los vecinos.

de la sociedad. Como se verá en este capítulo, esto también aplica a los efectos económicos de la Constitución de 1991.

Efectos económicos de la Constitución de 1991

Los efectos económicos de la Constitución de 1991 que se analizarán, se agruparán en efectos macroeconómicos, efectos microeconómicos, efectos sociales y efectos de los fallos de la Corte Constitucional.

Efectos macroeconómicos de la Constitución de 1991

Los efectos macroeconómicos se dan en la economía como un todo. En este caso, nos concentraremos en el estudio de los efectos en la tasa de inflación y en los ingresos y egresos del gobierno colombiano.

Inflación

Buscando mayor eficiencia y mayor equidad con el manejo de la política monetaria, el artículo 372 del capítulo 6 de la Constitución de 1991 establece textualmente que “la Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia”, y el artículo 373 establece como objetivo explícito del Banco de la República velar “por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda”. Luego la Corte Constitucional, en la Sentencia C-481 de julio de 1999, estableció que “la actividad del Banco para mantener la capacidad adquisitiva de la moneda debe ejercerse en coordinación con la política económica general”. Aunque puede haber debate sobre el mandato implícito de la Constitución al Banco de la República, lo claro es que el mandato explícito es bajar la inflación –es decir, la tasa a la cual crece el nivel general de precios en un país–, que es la manera como se preserva el poder adquisitivo de la moneda.

Con ese fin, la Constitución de 1991 también le dio al Banco de la República mayor independencia del poder ejecutivo, pero no le dio independencia total. Para ello, se creó una junta directiva conformada por siete miembros: cinco codirectores nombrados por los presidentes de la república –dos por el presidente de turno y los demás por presidentes anteriores–; el ministro de Hacienda –que dirige la junta– y el gerente, nombrado por los demás miembros de la junta. Al comienzo de su

primer gobierno, el presidente de la república tiene en la junta un miembro nombrado por él, que es el ministro de Hacienda. Después de dos años, el presidente debe nombrar a dos codirectores. Por tanto, en los últimos dos años de su primer gobierno el presidente habrá nombrado tres miembros de la junta.

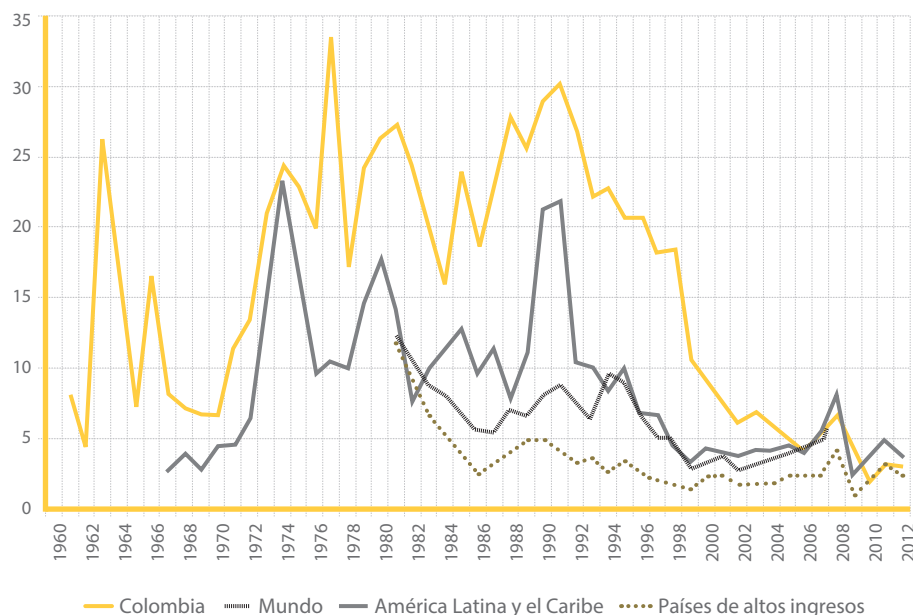
Si un presidente es reelegido, a la mitad de su segundo período puede volver a nombrar otros dos miembros de la junta directiva, con lo cual podría llegar a tener cinco de siete miembros nombrados directamente por él, que a su vez nombran al gerente. Es decir, un presidente de la república que es reelegido podría llegar a controlar hasta seis de siete miembros de la junta directiva del Banco de la República, en su segundo período presidencial. Debido a ello, una de las objeciones a la reelección presidencial en Colombia ha sido la posible disminución de la independencia de la junta directiva del Banco de la República. Miguel Urrutia, quien fuera gerente general del Banco bajo este esquema, ha argumentado⁷ que lo que importa, más que el número de codirectores que nombra un presidente, es a quiénes nombra: si son personas capacitadas para entender los argumentos técnicos de los funcionarios del Banco y suficientemente íntegras para tomar decisiones en las que prevalezca el bienestar general, no debería ser tan grave el efecto de la reelección.

De una u otra forma, son las cifras las que en último término permiten saber qué ha pasado en Colombia con la mayor independencia del Banco de la República. Y cifras como las incluidas en la Gráfica 1 muestran que en Colombia la inflación pasó de 31% en 1991 a 1,94% en 2013, algo sobresaliente en el ámbito latinoamericano y del mundo durante ese período.

Tan pronto se dio más independencia al Banco de la República, sus directivos anunciaron que buscarían bajar la inflación de manera gradual, y poco a poco comenzaron a anunciar metas de inflación o rangos de metas de inflación. En unos años, la inflación observada ha quedado por encima de la meta y en otros por debajo, ya que a corto plazo son muchos los factores que pueden afectar el nivel general de precios, como inviernos, veranos, huelgas, alzas en los precios internacionales del petróleo, crisis económicas internacionales y demás. Pero lo

7 Conversaciones con el autor entre 2010 y 2014.

Gráfica1 Constitución de 1991 e inflación en Colombia y el mundo



Fuente: Banco Mundial. World Development Indicators, 2015. En línea: <http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>

importante es que la inflación ha bajado desde 1991 de forma gradual y que a partir de 2011 tiene niveles comparables con los de los países desarrollados. Bajar la inflación y mantenerla baja son dos de los principales logros obtenidos con el esquema institucional que la Constitución de 1991 diseñó para el manejo de la política monetaria, cambiaria y crediticia.

Esa menor inflación contribuye a que los mercados funcionen mejor, en la medida en que ha sido más fácil para los colombianos identificar qué bienes se han vuelto relativamente más caros y qué bienes se han vuelto relativamente más baratos. Por ejemplo, en 2014 un habitante cualquiera en Colombia podía percibir que los vehículos estaban más baratos que antes y que la vivienda y la tierra estaban más caras. Ello sirve como señal para ajustar la oferta y la demanda de bienes, servicios y factores.

La menor inflación también contribuye a la equidad, ya que las personas de más bajos ingresos viven de sus salarios. Si la inflación es muy alta, el poder adquisitivo de las personas de bajos ingresos se ve mucho más afectado que cuando la inflación es baja. Las personas de altos ingresos no se ven tan afectadas por la inflación, ya que les queda más fácil ahorrar, tienen más acceso al sistema

financiero y pueden invertir en títulos y bienes cuyo valor se incrementa con o más que la inflación.

Incremento en el gasto público

En el título XII de la Constitución de 1991, el capítulo 4 se refiere a la distribución de recursos y competencias. El artículo 364 establece que el “endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago”. En este sentido, quienes redactaron la Constitución querían que la nación y las regiones respetaran su restricción de presupuesto intertemporal, es decir, que mantuvieran un equilibrio entre sus ingresos y sus gastos a largo plazo. Con respecto a las finanzas del gobierno, y particularmente a los impuestos, los principios que se suelen tener en cuenta, incluso de forma explícita dentro de la Constitución de 1991, son los siguientes: equidad, progresividad, eficiencia administrativa, no retroactividad –solo se afectan acciones futuras una vez establecidas las normas–. Con respecto a los gastos, los objetivos adicionales son: acercar el gasto a sus beneficiarios, ajustar mejor el gasto a las necesidades de la gente, fomentar el control político del gasto por parte de los usuarios y tener en cuenta la restricción de presupuesto.

Estos principios presupuestales se dan en un contexto de creciente descentralización⁸. Aunque la descentralización comenzó en Colombia antes de 1991, esa Constitución la promovió, es decir, buscó una mayor transferencia de recursos y de capacidad de decisión de la Rama Ejecutiva a nivel nacional a los municipios y departamentos. La forma como el gobierno nacional central colombiano les transfiere recursos a las regiones ha incluido, entre otros, al Sistema General de Participaciones, los fondos de compensación y los fondos de cofinanciación educativa. Adicionalmente, el Fondo Nacional de Regalías recauda y transfiere a las regiones recursos de la explotación minera para hacer inversiones en proyectos de infraestructura y protección ambiental, entre otros.

Según cifras históricas del Departamento Nacional de Planeación (DNP)⁹, los requerimientos de descentralización plasmados en los artículos 356 y 357 de la Constitución¹⁰ han llevado a que las transferencias del gobierno nacional central a las regiones hayan pasado del 30% de los ingresos corrientes de la nación en 1990 al 40% en 2002. Esos montos han estado destinados, por ejemplo y según la Ley 1176 de 2007, para educación en 58,5%, salud en 24,5%, agua potable y saneamiento en 5,4% y otras inversiones de propósito general en 11,6%. Esta distribución de recursos por ley en las regiones ha llevado a que algunos cuestionen el alcance de la autonomía generada por la descentralización, ya que las transferencias en su gran mayoría han tenido destinación específica determinada a nivel central.

Como se analizará más adelante, fuera del mayor gasto público generado por la descentralización, el gasto social se duplicó en Colombia entre 1990 y 2000, pues la Constitución de 1991 hizo explícito que en Colombia el gasto público social tiene prelación sobre cualquier otro gasto público. Además, a principios de la década de los noventa, el gasto pensional en Colombia se



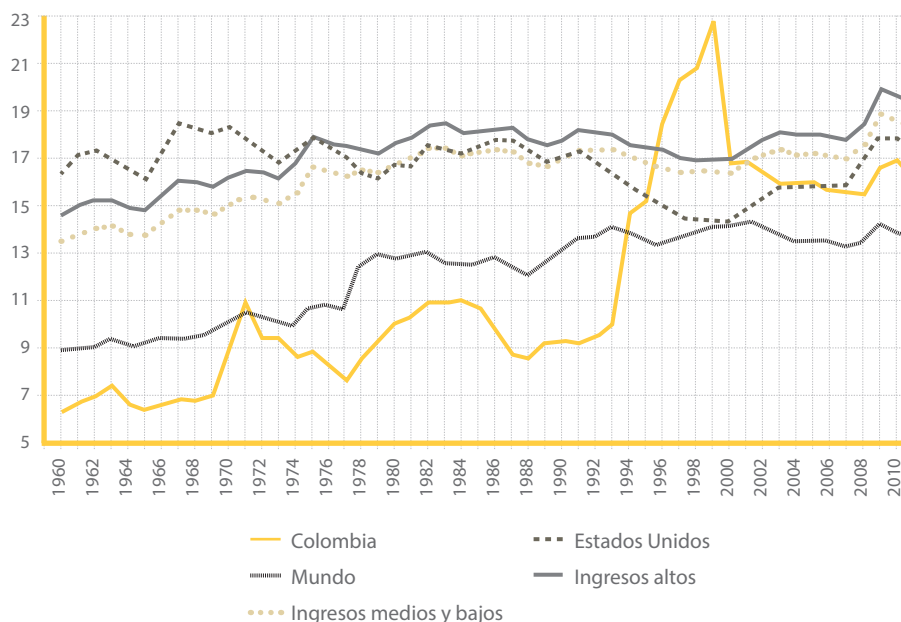
Maria Eugenia Mateus Amaya

incrementó sustancialmente, debido a que comenzaron a pensionarse más personas. Según cifras históricas del DNP, el gasto pensional como porcentaje del PIB se multiplicó por 5, hasta pasar de 0,7% en 1990, a 2,6% en 2004 y 3,6% en 2012. Como resultado de todo lo anterior, el gobierno nacional central entró en un gran déficit. De otro lado, las regiones, cuyos ingresos se incrementaron sustancialmente, no redujeron su endeudamiento de forma significativa. Como resultado, según la Contraloría General de la República (2014)¹¹, la deuda de las regiones como porcentaje del PIB se mantuvo en niveles cercanos al 8% del PIB entre 1990 y 2000. El gasto público colombiano como porcentaje del PIB supera el observado en los países con ingresos medios y bajos, y se acerca al nivel de países como Estados Unidos, tal y como se puede observar en la Gráfica 2.

8 Sobre la descentralización, véase en este libro el capítulo 6 “La fuerza del Estado: Funciones, estructura y elección de la Rama Ejecutiva”, por Diana Durán Smela y Miguel Malagón Pinzón.
9 Departamento Nacional de Planeación. Estadísticas históricas de Colombia. Cap. 5, Cuadro 5.12. Clavijo ha estimado que las transferencias del gobierno a las regiones pasaron de 4% del PIB en 1990 a 7% en 2010.
10 Modificados mediante los actos legislativos 01 de 1993, 01 de 1995, 01 de 2001 y 04 de 2007 y reglamentados y ajustados con las leyes 358 de 1997, 617 de 2000, 715 de 2001 y 1176 de 2007.

11 Contraloría General de la República. *Situación de la deuda pública colombiana 2013* (Bogotá: CGR, 2014), 155. En línea: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/186962495/Informe+de+la+Situaci%C3%B3n+de+la+Deuda+P%C3%ABlica+Colombiana+2013.pdf/34533c19-bc8f-46d1-b18a-da1f66b7790a>

Gráfica 2 Gasto público como porcentaje del PIB



Fuente: The World Bank, "World Development Indicators 2014". En línea.

Sin embargo, los ingresos del gobierno como porcentaje del PIB no crecieron tan rápido como sus gastos, a pesar de múltiples reformas al sistema de impuestos, conocidas como reformas tributarias. Basados en la información de González y Calderón, de Sánchez y Espinosa¹² y de reportes e informaciones de prensa recientes, antes de 1990 en Colombia se hacía una reforma tributaria más o menos cada tres años. Desde 1991 se ha venido aprobando más o menos una cada año. Una de las razones por las cuales se ha incrementado el número de reformas tributarias ha sido la necesidad de cubrir los mayores gastos requeridos por la Constitución de 1991. Otra razón que podría contribuir a ello es que los artículos 107 y 108 del capítulo 2, título IV de la Constitución de 1991, promovieron una mayor participación política. En particular, permitieron a cualquier ciudadano "el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse". Además, establecieron que el Consejo Nacional Electoral reconocerá personería

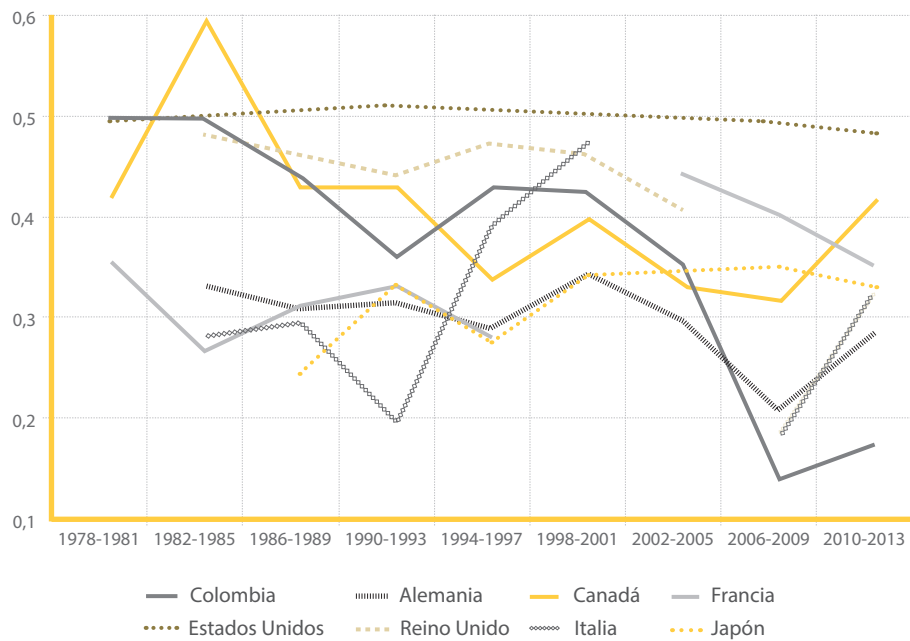
jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, así que la dispersión política aumentó considerablemente en el siglo XXI, con relación a la dispersión política de países desarrollados, como se puede ver en la Gráfica 3. Sin embargo, debe reconocerse que esa mayor dispersión política ha sido una característica de los países en desarrollo en el siglo XXI.

Como consecuencia del incremento en el gasto y las dificultades para incrementar los ingresos, la deuda pública como porcentaje del PIB más que se triplicó, pasando de un promedio de 14,5% a niveles por encima del 47% del PIB a fines del siglo XX, como puede observarse en la Gráfica 4.

Infortunadamente, mientras el nivel de endeudamiento público en Colombia crecía de forma acelerada, en 1997 se presentó una crisis económica importante en Asia, en 1998 se presentó otra en Rusia y los mercados financieros internacionales comenzaron a mirar con escepticismo sus inversiones en los mercados emergentes. Dada su trayectoria insostenible de endeudamiento, en los años 1998-1999, Colombia perdió su acceso a la financiación de la banca privada internacional. Mientras se

12 Francisco González y Valentina Calderón, "Las reformas tributarias en Colombia durante el siglo XX (I)". *Boletines de Divulgación Económica*, 8 (2002). Departamento Nacional de Planeación; Fabio Sánchez y Silvia Espinosa, "Impuestos y reformas tributarias en Colombia, 1980-2003" (Bogotá: Universidad de los Andes - CEDE, 2005).

Gráfica 3 Índice de concentración política de Herfindahl Hirschman para Colombia y algunos países desarrollados



Fuente: Elaborado por el autor con información de Parline Database on national parliaments de la Inter-Parliamentary Union (2013), para el parlamento y/o las cámaras altas, con la colaboración de Sergio Garrido. En línea: <http://www.ipu.org/parline/parlinesearch.asp>

negociaba un acuerdo *stand-by* con el Fondo Monetario Internacional¹³ con el fin de garantizar el acceso del país a recursos externos en medio de la turbulencia internacional, el Banco de la República incrementó las tasas de interés hasta niveles del 50% anual, con el fin de evitar: una salida masiva de capitales que pudiese elevar sustancialmente el precio del dólar, incrementar la inflación y quebrar a muchas empresas privadas endeudadas en moneda extranjera. Al aumentar los intereses, muchos deudores hipotecarios perdieron sus viviendas. Como consecuencia de todo lo anterior, en 1999 Colombia tuvo un crecimiento negativo del 4%, la peor crisis económica desde que se tienen cifras en el país. Para poner dicha crisis en contexto, en la década de los treinta del siglo XX con la Gran Depresión mundial, Colombia tuvo un

crecimiento negativo de 1,8%, como puede apreciarse en la Gráfica 5.

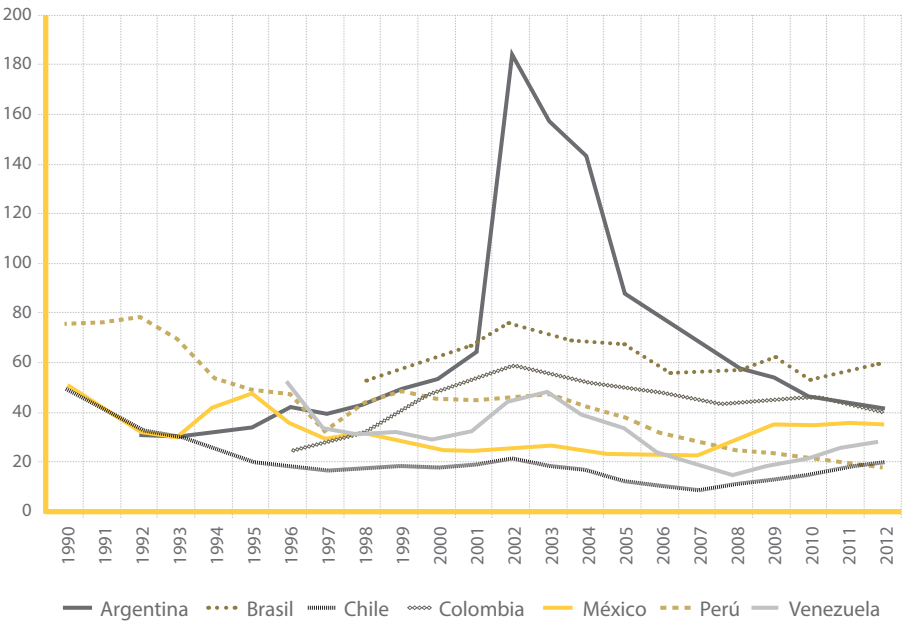
En 1999, las calificadoras de riesgos Moody's y Standard & Poors le quitaron el Grado de Inversión¹⁴ a Colombia, dada su vulnerabilidad y su mal momento económico. El gobierno tomó correctivos para mejorar el balance entre sus ingresos y sus gastos, con lo cual logró cambiar la trayectoria de su endeudamiento. Por ejemplo, la Ley 819 de 2003 estableció el Marco Fiscal de Mediano Plazo que buscó mitigar la inconsistencia intertemporal prevalente en la política fiscal colombiana. La Ley 1473 de 2011 estableció la regla fiscal, que fija como metas para el déficit estructural 2,5% en 2014, 1,3% en 2018 y 0% en 2022. La Ley 1695 de 2013 estableció la incidencia fiscal, que le permite al gobierno argumentar ante las Altas Cortes cuando van a tomar decisiones con impactos fiscales importantes.

Los correctivos aplicados en Colombia desde el año 2000 y el mejoramiento en el desempeño económico

13 Los acuerdos *stand by* fueron creados en 1958 y son el mecanismo básico con el que el FMI apoya a países de economías en desarrollo, facilitándoles financiación expedita y a un costo razonable en épocas de crisis, siempre y cuando cumplan con una serie de condiciones.

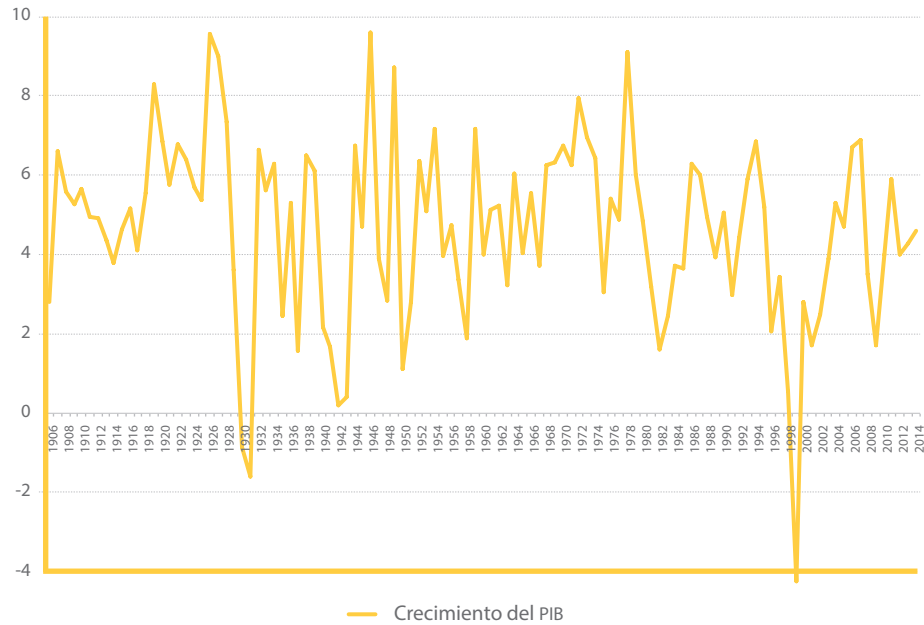
14 El Grado de Inversión refleja la confianza en la capacidad para honrar préstamos y reduce el costo del endeudamiento de un país.

Gráfica 4 Endeudamiento en Colombia y otros países de América Latina, como porcentaje del PIB



Fuente: Cepal, “Deuda del Sector Público no Financiero” 2014. En línea.

Gráfica 5 Tasa de crecimiento económico en Colombia



Fuente: Roberto Junguito y Hernán Rincón. “La política fiscal en el siglo xx en Colombia: una visión global”. *Coyuntura Económica*, 34, núm. 2 (2004): 53-75.

contribuyeron a que en 2012 Colombia recibiera nuevamente grado de inversión de las principales agencias calificadoras de riesgo: Moody's, Standard & Poor's y Fitch. Además, en 2014 el Banco J. P. Morgan incrementó la participación de la deuda soberana colombiana en dos de sus índices de referencia para mercados emergentes, otra señal clara de confianza internacional en la solidez de la economía nacional.

El análisis de los efectos fiscales de la Constitución de 1991 permite concluir que los indicadores fundamentales de la política fiscal colombiana se deterioraron significativamente en la década de los noventa. Parte se debió a los requisitos de mayor gasto por la descentralización y gasto social, parte a la insostenibilidad del sistema de pensiones y parte a la incapacidad para lograr que los ingresos del Estado crecieran al mismo ritmo que sus gastos.

Efectos microeconómicos de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 promovió la transformación de un Estado proveedor de servicios públicos domiciliarios a un Estado regulador y promotor de la competencia en la prestación de esos servicios. En el título XII, capítulo 1, artículo 333, se establece la libertad de empresa y se prohíbe el abuso de la posición dominante en el mercado, para obstaculizar la libre competencia. En el capítulo 5, el artículo 365, establece que los servicios públicos pueden ser prestados por particulares bajo la vigilancia del Estado, si bien ellos "son inherentes a la finalidad social del Estado" y "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional".

Actividad 2
Para investigar

Investigue en la prensa y escriba un ensayo sobre la crisis económica de 1999, que incluya un análisis de los siguientes temas:

1. Los beneficios y los costos de la independencia del Banco de la República.
2. Los beneficios y los costos de mantener la sostenibilidad fiscal del gobierno colombiano.

Actividad 3
Para investigar

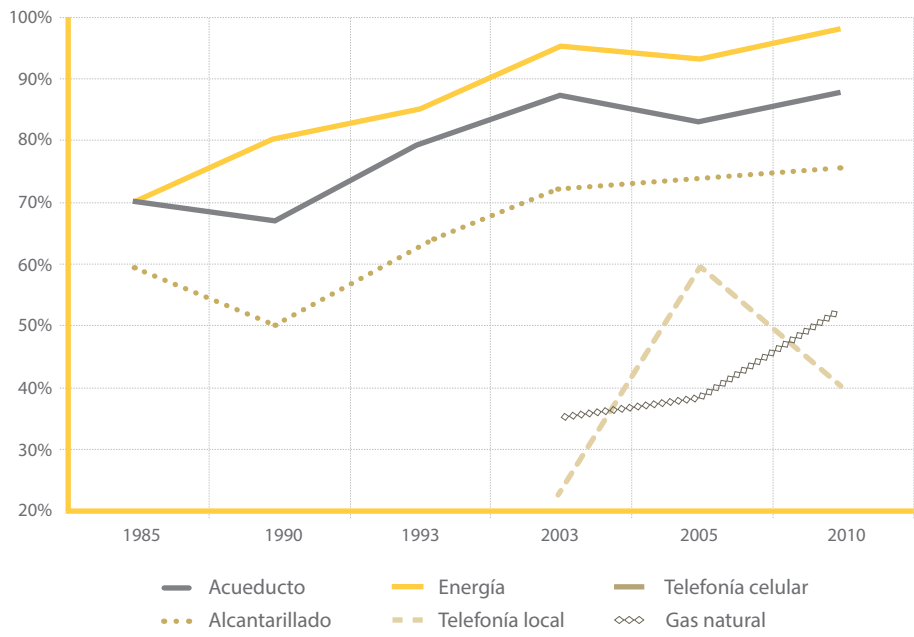
Investigue sobre la prestación de un servicio público en su ciudad. ¿Lo presta una empresa pública o privada?, ¿quién lo regula?, ¿ha habido problemas con el servicio en los últimos años?, ¿cómo era el servicio antes de la Constitución de 1991? Describa el caso contextualizando a partir de la información presentada en este capítulo sobre:

1. La función del Estado como regulador y promotor de la competencia, más que como proveedor de servicios públicos.
2. La evolución de las coberturas de servicios públicos en Colombia, al compararlas con las de América Latina y los países de ingresos medios en el mundo.

Los principios económicos detrás de estas reformas introducidas por la Constitución consideran que los mercados competitivos pueden generar asignaciones más eficientes de recursos y que los mercados de la vida real, por lo general, no son competitivos y, en algunos casos, requieren regulación o intervención del Estado. Para ello, se fortaleció la Superintendencia de Industria y Comercio reformándola en 1992 (Decreto 2153), con el encargo de promover la competencia y evitar actividades monopólicas. En 1994 se creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con la Ley 142, con el fin de mejorar coberturas, promover la participación del sector privado en la provisión de servicios, establecer un sistema tarifario controlado y dar mayores garantías a los usuarios. Adicionalmente, se crearon las comisiones de regulación de telecomunicaciones, energía y gas, y agua potable y alcantarillado, para fortalecer la capacidad regulatoria del Estado. Como resultado de estos esfuerzos, Colombia tuvo avances importantes en coberturas, tal y como lo muestra la Gráfica 6. Sin embargo, los incrementos en cobertura registrados en Colombia han sido inferiores a los de otros países de América Latina, que no tuvieron reforma constitucional reciente, como puede observarse, por ejemplo, en la Gráfica 7.

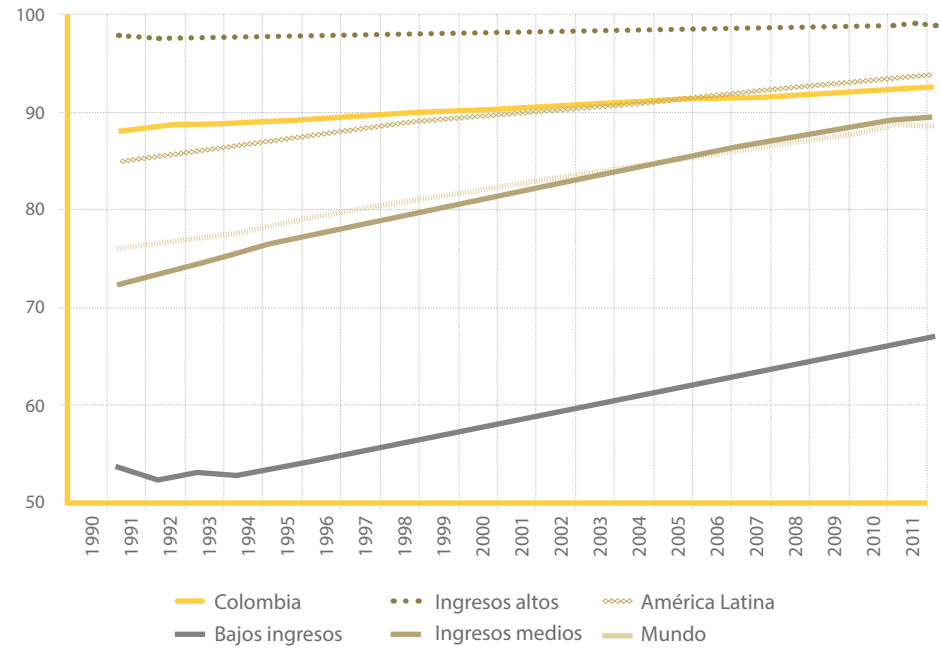
Un caso interesante ha sido el del servicio de energía eléctrica. A principios de la década de los noventa, en

Gráfica 6 Coberturas de Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia



Fuente: The World Bank, “World Development Indicators 2013”. En línea.

Gráfica 7 Coberturas de agua potable



Fuente: The World Bank, “World Development Indicators 2013”. En línea.

Colombia se presentaron restricciones generalizadas en el servicio de energía eléctrica, durante horas pico. Gracias a la diversificación de fuentes de energía y a la participación de inversionistas privados en la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía, Colombia no ha vuelto a tener apagones generalizados ni sistemáticos. Incluso, en los más recientes veranos asociados al fenómeno de El Niño, Ecuador y Venezuela han sufrido apagones y se han beneficiado de que Colombia no solo no ha tenido apagones, sino que ha podido exportarles energía eléctrica.

Sin embargo, la experiencia internacional sugiere que, con o sin Constitución de 1991, la cobertura en servicios públicos hubiese aumentado, así fuese a un ritmo diferente. Además, los precios de algunos de estos servicios han aumentado más que la inflación, por ejemplo, en agua y energía¹⁵. Parte de este incremento puede deberse a que antes de 1991 las tarifas de estos servicios se manejaban de forma política y con subsidios. Por el

lado positivo, estos incrementos en las tarifas pueden haber contribuido a moderar el consumo, a retrasar los requerimientos de ampliaciones de capacidad y a reducir la carga sobre los recursos del Estado para subsidiar estos servicios. Con la llegada del sector privado como proveedor, se buscó bajar los costos de producción y que las tarifas cubrieran esos costos. Aunque lo segundo se logró de buena forma, no es claro que se haya logrado lo primero y no es claro que, de lograrse, beneficie a los consumidores. Uno de los temas pendientes más importantes es el estudio de si han mejorado la eficiencia y los costos de los servicios públicos. También está pendiente estudiar hasta dónde se ha beneficiado o no a los consumidores colombianos, con respecto de aquellos en América Latina y el mundo, en términos de coberturas, calidad, precios y defensa de sus derechos, frente a las empresas prestadoras de esos servicios.

Efectos sociales de la Constitución de 1991

En esta sección se analizará el incremento del gasto social ordenado por la Constitución de 1991 y sus efectos sobre los indicadores sociales.

Incremento en el gasto social

La Constitución de 1991 es explícita en que el gasto social tiene prelación sobre cualquier otro tipo de gasto. En particular, el artículo 366 del capítulo 5, título XII, establece que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos son finalidades sociales del Estado y se preocupa por la solución de las necesidades insatisfechas de “salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”. Por último, establece que el gasto público para estos efectos tiene prioridad sobre cualquier otro tipo de gasto¹⁶. Algunos principios económicos detrás de estos planteamientos parten de que los mercados sin intervención no son buenos para generar igualdad de oportunidades y redistribución del ingreso, y que la aplicación sistemática de políticas que generan ganadores y perdedores –sin que necesariamente exista algún tipo de compensación– hacen que el Estado deba promocionar activamente una mayor equidad.

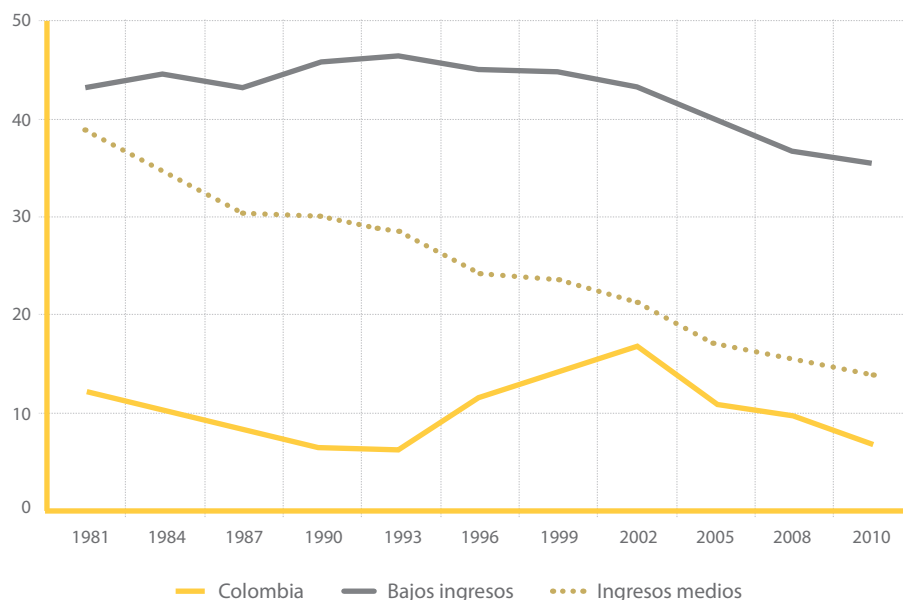


Marta Rojas.

15 El Consejo Privado de Competitividad explica que las coberturas y la calidad del servicio de energía eléctrica han mejorado, pero que el precio de las tarifas de energía eléctrica se han incrementado de forma importante en términos reales. CPC, “Energía como insumo”, *Informe Nacional de Competitividad 2010-2011* (2010), cap. 3. En línea: [www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/informes/2010-2011/3C-Energia-como-insumo-VFinal-\(nov-2010\).pdf](http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/informes/2010-2011/3C-Energia-como-insumo-VFinal-(nov-2010).pdf)

16 Sobre los derechos como la educación, la salud y el agua potable y su relación con el gasto público véase en este libro el capítulo 17 “Los derechos económicos sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García.

Gráfica 8 Pobreza como porcentaje de la población



Fuente: The World Bank, "World Development Indicators 2013". En línea.

Las cifras confirman que este mandato constitucional se ha cumplido a cabalidad en nuestro país. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), entre 1990 y 2010 el gasto social en Colombia tuvo un incremento del 139%, el segundo más alto de América Latina durante ese período. Ello contribuyó a que el gasto social, como porcentaje del PIB, pasara de ser el octavo a ser el tercero en América Latina.

Efectos sobre la pobreza

Como puede apreciarse en la Gráfica 8, la pobreza en Colombia aumentó entre 1990 y 2002 y se ha reducido desde entonces.

Otras cifras también muestran que la pobreza extrema ha tenido un comportamiento similar: incremento entre 1990 y 2002, y reducción desde entonces. ¿Por qué el incremento en nuestro gasto social ha sido sobresaliente, pero no ha sido así el desempeño de algunos de nuestros principales indicadores sociales, particularmente entre 1990 y 2002? Algunas explicaciones posibles a esta pregunta son: la falta de eficiencia en el gasto, la mala focalización, la falta de instituciones y políticas para atender a la población más vulnerable en épocas de crisis, y los

problemas de sostenibilidad y de falta de tener responsabilidades y límites claros en ese gasto social.

Eficiencia en el gasto social

Como se puede apreciar en la Tabla 1, el gasto social se duplicó después de 1991. Algunos indicadores mejoraron y son sobresalientes en el contexto latinoamericano. Por ejemplo, aseguramiento en salud¹⁷. También han sido sobresalientes las cifras de mortalidad infantil. Pero en pobreza, desigualdad y seguridad social, los resultados fueron francamente desalentadores, ante semejante esfuerzo fiscal.

Focalización del gasto social

El segundo problema fue la falta de focalización de ese mayor gasto social. Desde antes de la Constitución de 1991, Skelowsky¹⁸ ya había cuestionado la capacidad

17 En agosto de 2013, el ministro de Salud, Alejandro Gaviria, calificó el aseguramiento en salud en Colombia como universal, es decir, con cobertura del 100%. Presidencia de la República. "El país tiene hoy cobertura universal de aseguramiento en salud". Sistema Informativo del Gobierno (2013). En línea: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Agosto/Paginas/20130802_03-Presidente-destaca-que-en-salud-se-tiene-cobertura-universal.aspx

18 Marcelo Selowsky, *Who Benefits From Government Expenditure? A case study of Colombia* (Oxford University Press, 1979).

Tabla 1 Indicadores sociales de Colombia y América Latina, antes y después de 1991

Promedio excepto cuando se indica otra cosa	Colombia		América Latina	
	1970-1991	1992-2007	1970-1991	1992-2007
Expectativa de vida (años)	65,4	71,7	65,0	72,5
Mortalidad infantil (muertos por cada 1.000 nacidos vivos)	44,3	19,8	62,8	26,0
Seguro de salud (% seguro social más % seguro privado)	n.a.	75,8	n.a.	47,9
Educación secundaria (% educación secundaria o más) 3/	20,8	33,4	19,4	29,9
Educación secundaria (% matriculada secundaria, en edad)	42,9	66,8	44,6	64,0
Años de escolaridad de la cohorte típica	7,8	9,1	8,2	9,0
Gasto social (% del PIB)	6,6	12,7	7,9	10,2
Desigualdad (Coeficiente Gini)	0,55	0,56	0,53	0,53
Pobreza (% de individuos con menos de US\$2 al día)	26,0	26,8	25,2	20,0
Desempleo (desempleados como % de la fuerza laboral)	10,6	13,0	7,4	8,7
Informalidad (% de empleo informal, por criterios nacionales)	54,5	60,5	34,9	35,6
Seguridad social (% afiliación al sistema pensional) 10/	32,0	22,0	41,8	29,8
Propiedad de vivienda (% de hogares)	59,3	57,4	67,8	68,7
Homicidios (por cada 100.000 habitantes)	36,1	55,1	8,0	12,0
Secuestros (por cada 100.000 habitantes)	2,6	4,6		

Fuente: Eduardo Lora, "La situación económica y social antes y después de la Constitución de 1991", en Eduardo Lora y Carlos Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas* (Bogotá: Alfaomega, Fedesarrollo, 2010), cap. 2.

de la institucionalidad colombiana para focalizar el gasto en las personas de más bajos recursos, mostrando que los quintiles 4 y 5 recibían mayores recursos para educación y salud que los quintiles 1, 2 y 3. Lasso¹⁹ encontró resultados similares con cifras de 2003, al igual que Núñez²⁰ con cifras de 2008²¹. Núñez y Espinosa²² estimaron qué porcentaje de los recursos públicos que se destinaban al

gasto social les llegaba a personas que no son pobres. Sus resultados se presentan en la Tabla 2.

Como puede apreciarse, 93,9% del gasto público en pensiones les llegaba a personas que no eran pobres. Eso puede ser desconcertante y hasta indignante, más no sorprendente. Para poderse pensionar en Colombia es necesario cotizar muchas semanas, durante muchos años y tener un mínimo de edad. Quienes cumplen con los requisitos de cotización son personas que han trabajado en el sector formal con todas las garantías de ley y que, por definición, en su mayoría no son pobres.

El caso de educación superior también es interesante. La educación superior es muy costosa. Pero para llegar a ser admitido en una institución de educación superior es necesario haber tenido un mínimo de nutrición y oportunidades durante la niñez y la juventud. En este sentido, como tales, muchos estudiantes de educación superior pública no son pobres.

19 Francisco Lasso, "Incidencia del gasto público social sobre la distribución del ingreso y la reducción de la pobreza" (DPN, BID, BM, UNDP Colombia, CEPAL y CAF, 2006).
20 Jairo Núñez, *Incidencia del gasto público social en la distribución del ingreso, la pobreza y la indigencia* (Dirección de Estudios Económicos, Archivos de Economía, doc. 359, septiembre de 2009). En línea: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/359.pdf>
21 Véase en este libro el capítulo 3 "La distribución de los recursos y la función del Estado", por Helena Alviar García.
22 Jairo Núñez y Silvia Espinosa, "Asistencia social en Colombia: Diagnóstico y propuestas" (Bogotá: Universidad de los Andes, Documento CEDE 2005-42, 2005).

Tabla 2
Errores de inclusión en gasto social

Subsidio	Errores de inclusión %
Pensiones	93,8
Cajas de compensación familiar	76,3
Educación superior	72,6
SENA	67,6
Teléfono	66,3
Alcantarillado	62,0
Aseo	59,5
Gas	54,0
Energía	50,8
Acueducto	48,5

Fuente: Núñez y Espinosa, “Asistencia social en Colombia”.

Falta de instituciones y políticas para atender a la población más vulnerable en épocas de crisis

Cuando se presentó la crisis económica de 1999, Colombia no tenía instituciones preparadas para atender los requerimientos sociales de dicha crisis, pues en el país no se había presentado una crisis económica importante desde 1931²³. Ello contribuyó aún más a que los indicadores sociales se deterioraran mucho a finales del siglo XX y obligó a repensar los esquemas del gasto social.

Sostenibilidad y límites del gasto social

Un problema adicional ha sido la falta de sostenibilidad en ese gasto social²⁴. Un ejemplo evidente ha sido el sector salud, como lo señalan Clavijo, Vera y Vera²⁵. Con la Ley 100 se esperaba que el 66% de los colombianos

23 Miguel Urrutia y Carlos Esteban Posada estimaron que durante el siglo XX Colombia fue el país con el crecimiento más estable de América Latina. “Un siglo de crecimiento en Colombia” (mimeo, 2004). En línea: economia.uniandes.edu.co/content/download/8005/39319/file/Urrutia-Posada.doc

24 Sobre el tema, véase en este libro el capítulo 17 “Los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Social de Derecho: entre el liberalismo clásico y el Estado de bienestar”, por Helena Alviar García.

25 Sergio Clavijo, Alejandro Vera y Nelson Vera (Bogotá: “Estructura fiscal de Colombia y ajustes requeridos 2012-2020”. ANIF, 2013). En línea: anif.co/sites/default/files/uploads/Libro%20Estructura%20fiscal%20de%20Colombia%20y%20ajustes%20requeridos.pdf



Zabrina Molina Escobar.

estuviesen en el régimen contributivo y 34% en el régimen subsidiado, mientras que en realidad sucedió lo contrario: 39% de los colombianos estaban en 2010 en el régimen contributivo y 53% en el régimen subsidiado. Esto ha llevado a que el régimen no sea sostenible a largo plazo, y ha sido parte importante del debate sobre la reforma al sistema de salud en 2014.

Otro problema es que no es claro quién determina hasta dónde puede llegar la política social. ¿Quién establece el límite: el poder ejecutivo, el legislativo o el judicial? El manejo de la relación entre eficiencia y equidad se ve limitado por la inflexibilidad del gasto público colombiano²⁶. En otras palabras, así un gobierno quiera darle más énfasis a un programa que a otros, su campo de acción es limitado por la Constitución y por la reglamentación de esa Constitución.

Una segunda pregunta que surge al estudiar la Gráfica 7 es: ¿por qué a partir de 2002 mejoró el desempeño de nuestros indicadores sociales? Para responder esta inquietud debe tenerse en cuenta que en el año 2000 se creó la Red de Apoyo Social para atender a los más vulnerables. Dicha red tuvo en principio tres programas: Familias en Acción, Jóvenes en Acción y Trabajo en Acción. Familias en Acción es un programa de transferencias monetarias condicionadas, dirigido a familias de bajos recursos con hijos menores de 18 años, que promueve la asistencia y la

26 Juan Carlos Echeverry, Jorge Alexander Bonilla y Andrés Moya han estimado que en Colombia 92% del gasto público se encuentra comprometido por Constitución o por legislación. “Rigideces institucionales y flexibilidad presupuestaria: los casos de Argentina, Colombia, México y Perú” (Bogotá: Universidad de los Andes - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2006).

permanencia escolar de esos menores; Jóvenes en Acción busca capacitar para el empleo a jóvenes entre los 18 y los 30 años de edad, inicialmente en entidades capacitadoras, y años más tarde, a través del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA); y Trabajo en Acción fue aplicado entre 2002 y 2004 y buscaba dar empleo temporal a personas sisbenizadas del estrato 1 y 2. En 2005 se creó la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), para canalizar recursos y coordinar todos los programas sociales de la Presidencia de la República. En 2011, dicha agencia se convirtió en el Departamento para la Prosperidad Social, que tiene entre sus objetivos la inclusión social y económica de los grupos vulnerables, y atender y reparar a las víctimas de la violencia.

Actividad 4 Para discutir

A partir de sus vivencias y apoyándose en una revisión de noticias y literatura disponible, escriba un ensayo de máximo mil palabras sobre uno de los siguientes temas:

- 1. Beneficios y costos de la reducción de la pobreza y la desigualdad en Colombia, desde 1991.
- 2. Tener plata disponible no siempre resuelve los problemas.

Luego, intercambie su ensayo con otro estudiante, lea el otro ensayo y coméntelo.



Eva Lucía Díaz Burckhardt.

Estos y otros esfuerzos realizados en el siglo XXI contribuyeron a que, a partir de 2002 y 10 años después de la Constitución de 1991, la pobreza comenzara a bajar. Sin embargo, el resultado de la anterior combinación fue que, en 2010, Colombia tenía más o menos los mismos indicadores de pobreza extrema y pobreza que en 1990. Por tanto, veinte años después de la Constitución de 1991 y de duplicar el gasto social, los indicadores de pobreza y pobreza extrema tenían los mismos niveles, en contraste con los países de ingresos medios y bajos del mundo, que lograron reducir esos indicadores de forma sostenida.

La experiencia con el gasto social en Colombia sugiere que las buenas intenciones son necesarias, pero no suficientes para las buenas políticas públicas. Asignarles más plata a los problemas no los soluciona, y quienes determinan gasto sin determinar las fuentes de ingreso de dichos gastos pueden ser inconsistentes intertemporalmente.

El papel económico de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es una institución creada por la Constitución de 1991 con el fin de salvaguardar la integridad de la Carta y de atender, junto con el Consejo de Estado, las nuevas herramientas para facilitar de forma ágil la protección de los derechos constitucionales de cualquier colombiano, llamadas acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo.

Como lo ha argumentado Cepeda²⁷, los costos económicos de las decisiones de la Rama Judicial no son nuevos. Antes de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia emitía fallos con efectos económicos. Por ejemplo, invalidó parcialmente algunos decretos dictados para estabilizar algunas instituciones financieras en 1982 y declaró inconstitucional prácticamente toda una reforma tributaria adoptada por emergencia económica, en 1983. Lo que ha sido particular de la Corte Constitucional es que unas pocas de sus sentencias han tenido costos económicos muy elevados en proporción con el PIB. En este sentido, haremos énfasis en los casos de las

27 Manuel José Cepeda, "Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo". xxvii Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 18-20 de febrero de 2004. En línea: es.scribd.com/doc/32020549/LAS-SENTENCIAS-DE-LA-CORTE-CON-IMPLICACIONES-ECONOMICAS-REFLEXIONES-CON-ANIMO-CONSTRUCTIVO-Manuel-Jose-Cepeda-Espinoza

pensiones y de los créditos hipotecarios, siguiendo a Clavijo²⁸.

Pensiones

La Ley 100 de 1993 estableció una bonificación pensional permanente, llamada “Mesada 14”, solo para quienes se habían pensionado antes de 1988, ya que no fueron favorecidos con la Ley 71 de 1988²⁹. Mediante las Sentencias C-409 de 1994, C-461 de 1995, y C-173 de 1996, la Corte Constitucional extendió la Mesada 14 a todos los pensionados, sin cortes por fecha de pensión. Clavijo ha estimado que estas sentencias representaron pagos adicionales de 14% del PIB en 2001. El gobierno colombiano, consciente de la magnitud del problema pensional, logró pasar una reforma que básicamente incrementaba la edad de jubilación para los cotizantes más jóvenes. Con la sentencia C-756 de 2004, la Corte Constitucional declaró inexecutable esa reforma. Clavijo estimó que el costo de ese fallo representó el 16% del PIB³⁰. En resumen, cuatro sentencias de la Corte Constitucional, conformada por personas no elegidas popularmente, tuvieron un costo de aproximadamente 30% del PIB, similar a lo que todo el Estado colombiano se gasta anualmente.

Como tal, muchos economistas han cuestionado el papel de la Corte Constitucional, pues muestra inconsistencia intertemporal al determinar gastos monumentales sin tener que definir las fuentes de los recursos para cubrirlos. No tiene en cuenta la restricción de presupuesto del gobierno, que al tener que pagar esos mayores gastos debe subir impuestos o reducir gastos en otros rubros o incrementar su endeudamiento. Y, finalmente, tiene una visión muy equivocada de la equidad, al mejorar de forma generosa las pensiones del 25% de la población, mientras que 75% de los colombianos en edad de pensionarse, que no tienen pensión, no reciben nada.

Además, según la Tabla 2, 93,8% de los recursos públicos que van a pensiones llegan a personas que no son pobres.

Mediante el Acto Legislativo 1 de 2005, el gobierno logró sacar adelante una reforma pensional que eliminó la Mesada 14 para pensiones de más de tres salarios mínimos, puso un tope de 25 salarios mínimos a las pensiones pagadas con recursos públicos y restringió los regímenes especiales. En un fallo histórico de 2013, la Corte Constitucional confirmó el tope de 25 salarios mínimos a las pensiones pagadas con recursos públicos, equivalentes a 14,5 millones de pesos de ese año. Aunque dicho fallo no resuelve todos los problemas del sistema pensional colombiano, sí va en la dirección correcta, ya que contribuye a resolver el problema de inconsistencia intertemporal, a tener en cuenta la restricción de presupuesto intertemporal del sector público y a velar por la equidad.

Vivienda

Como se mencionó anteriormente, la crisis económica de 1999 estuvo precedida por tasas de interés muy altas y ello llevó a muchos deudores hipotecarios a perder su vivienda. La Corte Constitucional ha fallado varias veces en materia de créditos hipotecarios. Por ejemplo, las Sentencias C-252 de 1998, C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999, C-955 de 2000 y la Ley 546 de 1999 buscaron evitar cambios en la tasa de interés que no estuvieran relacionados con los cambios en los ingresos

28 Sergio Clavijo, “Impacto económico de algunas sentencias de la corte: el caso de la ‘Mesada Pensional 14’ y de las regulaciones en vivienda” (Bogotá: Banco de la República, 2004).

29 Ley 71 de 1988, entre otros beneficios: ató el incremento de las pensiones al incremento en el salario mínimo; extendió la pensión en caso de fallecimiento, en su orden, al cónyuge sobreviviente, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres y a los hermanos inválidos. También permitió liquidar pensiones “tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

30 Clavijo, “Impacto económico”.



de los deudores, prohibieron la capitalización de intereses hipotecarios, permitieron los prepagos de la deuda, exigieron un mínimo de 30% como cuota inicial en la compra de vivienda y recalcular la deuda con la tasa de interés real original, impusieron límites a las tasas de interés de los préstamos hipotecarios, para que fueran las más bajas del mercado, y generaron tasas diferenciales más bajas para la vivienda de interés social.

Sin embargo, las tasas diferenciales y mínimas para créditos hipotecarios limitaron la oferta de fondos para esta actividad, redujeron el acceso al crédito por el lado de la oferta y casi todas las medidas introdujeron riesgo regulatorio. Como resultado de lo anterior, y según cifras de 2014 de la Housing Finance Information Network (Hofinet), presentadas en la Gráfica 9, en Colombia los préstamos hipotecarios como porcentaje del PIB pasaron de un nivel de 13% en 2000, sobresaliente en América Latina, a 4% en 2010 y a 6% en 2013. Mientras tanto, en Chile, en 2013, los créditos hipotecarios llegaron al 19% del PIB.

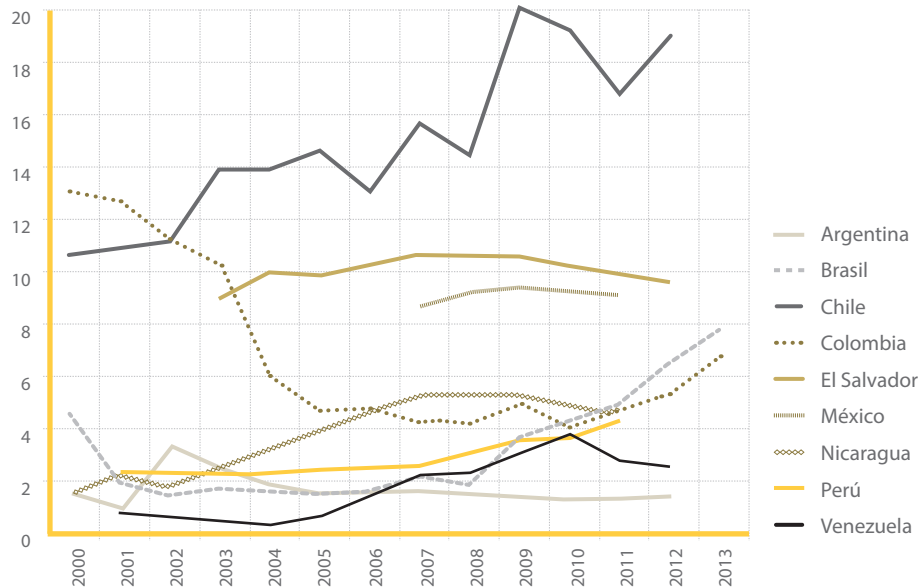
Los economistas han argumentado que lo poco que los bancos prestan lo prestan a las personas de más altos recursos, que son quienes ofrecen menos riesgo y tienen

mayor capacidad para pagar los créditos. En conclusión, el afán de la Corte Constitucional de proteger a los más vulnerables ha terminado dejándolos por fuera del mercado de créditos hipotecarios, lo cual tiene un efecto negativo en la equidad. Este es un ejemplo más de que en economía las buenas intenciones son necesarias, pero no son suficientes para garantizar buenas políticas públicas.

En defensa de la Corte Constitucional

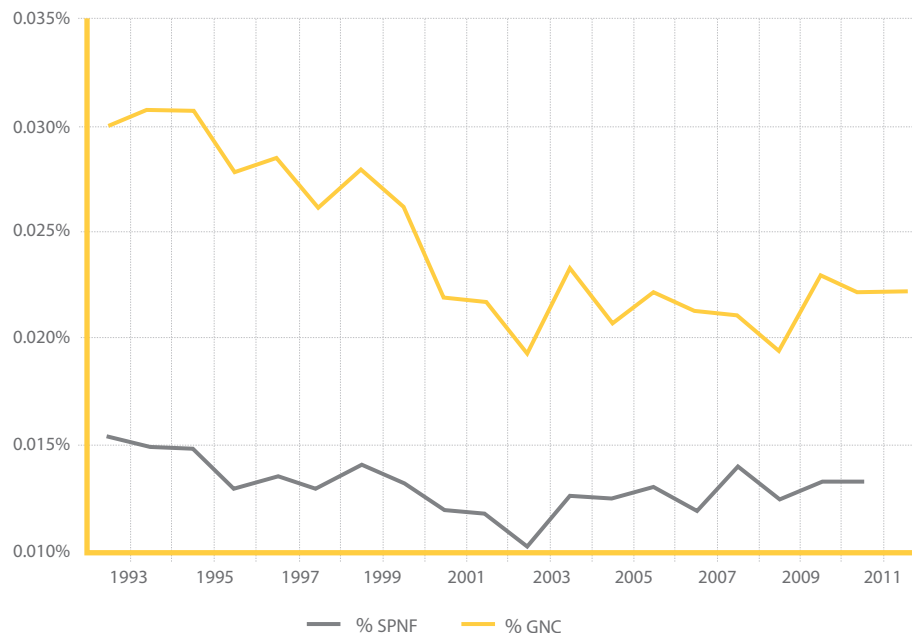
Ante las múltiples críticas que muchos economistas le han hecho a la Corte Constitucional, y dejando a un lado los casos de corrupción en el sector judicial, hay quienes consideran que la Corte ha aportado de forma valiosa en aspectos como la defensa de los derechos de la población desplazada, con Sentencias como la T-025 de 2004. Además, algunos de los miembros de dicha Corte han planteado que la Corte Constitucional, por su naturaleza, consta de abogados que deben fallar sobre muchísimos aspectos de la vida humana y su entorno social en un plazo de pocos meses. Para poder emitir fallos que cumplan con las expectativas de todos los colombianos, y particularmente de los colombianos más calificados en las diferentes áreas, dentro de los plazos establecidos por

Gráfica 9 Créditos hipotecarios como porcentaje del PIB en Colombia y otros países de América Latina



Fuente: Hofinet, International Housing Finance Program (The Wharton School, University of Pennsylvania, 2014).

Gráfica 10 Presupuesto de la Corte Constitucional como porcentaje del gasto del sector público no financiero (SPNF) y del gobierno nacional central (GNC)



Fuente: Cálculos del autor, con información del Ministerio de Hacienda (2013).

la ley, la Corte Constitucional requiere asesorarse a la mayor brevedad de personas muy calificadas.

Esto último requiere recursos. Pero cada vez que los miembros de la Corte han solicitado a ministros de Hacienda o directores del Departamento Nacional de Planeación –que suelen ser economistas– más recursos para hacer mejor la labor que les ha sido encomendada, la respuesta que siempre han recibido ha sido la misma: no hay plata. La Gráfica 10 muestra la evolución del presupuesto de la Corte Constitucional.

De otro lado, siendo una Alta Corte, sus miembros deben velar por que las reformas que pase el gobierno cumplan con todos los requisitos de procedimiento, ya que, si no los cumplen, debe derogar las reformas respectivas. Así que, si el gobierno quiere que sus reformas no sean derogadas, debe asegurar suficientes recursos para que la Corte se pueda asesorar muy bien y para que todas las reformas que haga ese gobierno cumplan con todos los requisitos de ley.

Actividad 5 Para discutir

A partir de sus vivencias y apoyándose en la revisión de noticias y literatura disponible, escriba un ensayo de máximo mil palabras sobre uno de los siguientes temas:

1. Aspectos positivos y negativos de los fallos de la Corte Constitucional en materia de pensiones y de créditos hipotecarios.
2. Las buenas intenciones no son suficientes para resolver un problema.
3. ¿Quiénes tienen la razón sobre los efectos económicos de las sentencias de la Corte Constitucional: los economistas o los abogados?

Luego, intercambie su ensayo con otro estudiante, lea el otro ensayo y coméntelo.



Andrés Monroy Gómez

Consideraciones finales

En este capítulo se ha argumentado que, a la fecha, la Constitución de 1991 ha tenido algunos efectos económicos positivos y notables en Colombia, con respecto al comportamiento del resto del mundo en general y de América Latina en particular, como, por ejemplo: la reducción de la inflación de más del 30% a niveles del 2% o 3% anual y su mantenimiento en índices comparables con los de países desarrollados, la duplicación del gasto social y el incremento del gasto en las regiones, el aumento significativo en la cobertura de los servicios de salud, la reducción sustancial en las tasas de mortalidad infantil y la superación del apagón eléctrico de principios de la década de los noventa.

La Constitución también ha tenido efectos negativos, como el desajuste entre los ingresos y los gastos del gobierno, que llevó a triplicar del endeudamiento público y a la consiguiente crisis económica de 1999. Dicho desajuste también llevó a triplicar la frecuencia de las reformas tributarias, incrementando el riesgo regulatorio. Otro efecto negativo fue el deterioro significativo y atípico en indicadores sociales fundamentales entre 1991 y 2002. Como resultado de lo anterior, veinte años después de la Constitución de 1991 y de un incremento sin precedentes en el gasto social, los indicadores de pobreza y pobreza extrema seguían iguales, a diferencia de los países de

ingresos medios y bajos del mundo, que redujeron esos indicadores de forma sostenida.

Después de más de veinte años de haber permitido la participación de agentes privados en la prestación de servicios públicos, estamos en mora de hacer una evaluación minuciosa para determinar hasta qué punto dicho cambio de esquema ha permitido mejorar la eficiencia y bajar los costos de la prestación de dichos servicios, y hasta dónde ello ha beneficiado de una u otra forma a los consumidores colombianos, con respecto a lo que ha venido sucediendo en América Latina y en el mundo.

Además, en Colombia la Corte Constitucional ha jugado un papel importante en la baja cobertura y la inequidad tanto del sistema pensional como de los créditos hipotecarios. Otros aspectos que preocupan son, por ejemplo, la fragmentación del sistema político y del Congreso en múltiples partidos y movimientos, y su efecto en la duración y el costo de hacer reformas importantes.

Dentro de los principales retos económicos a partir de la Constitución de 1991 están: mantener la inflación baja y estable; mantener el endeudamiento externo e interno, privado y público, en niveles sostenibles a largo plazo; hacer que los efectos positivos del gasto público en los indicadores sociales se perpetúen a largo plazo, mejorando la eficiencia, la focalización y la sostenibilidad del gasto social, y mejorando los mecanismos de protección de la población vulnerable en épocas de crisis.

Adicionalmente, hay que verificar que la Corte Constitucional tenga los recursos necesarios para que pueda fallar de forma idónea y oportuna, sobre todo tipo de temas. Al hacer reformas, el gobierno debe dedicar suficientes recursos y atención al detalle, para cumplir con todos los requisitos de ley, y así evitar que las mismas sean derogadas.

Finalmente, de manera general, vale concluir que, desde el punto de vista económico, todas las decisiones públicas suelen tener costos de oportunidad: que no basta con asignar suficiente plata a los problemas para resolverlos; que las buenas intenciones son necesarias, pero no son suficientes para garantizar buenas políticas públicas, y que el foco de la política pública debe estar en cuál es el nivel de intervención óptima del Estado en cada esfera del funcionamiento de una economía.

Glosario

Bienes públicos. Bienes que no son rivales o excluibles. Un bien no es rival cuando su consumo por parte de un individuo no limita el consumo por parte de otro. Un bien no es excluible cuando no existen mecanismos expeditos para impedir el consumo de quien no lo pague, como cuando no es posible tener disponibles cercamientos o puestos de control de ingreso y salida. Ejemplos importantes de bienes públicos son la justicia, la defensa nacional, la equidad y el buen funcionamiento de los mercados.

Costo de oportunidad. Lo que se sacrifica para poder obtener algo.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). Entidad a cargo del diseño y evaluación de políticas públicas y el manejo y asignación de la inversión pública y su inclusión en los planes nacionales de desarrollo y el Presupuesto General de la Nación.

Economía. Una forma de pensar (no la mejor ni la única), altamente replicable y simétrica, que estudia agentes que tienen objetivos y restricciones. Los agentes que se estudian típicamente en economía son los hogares, las firmas y los gobiernos. Una vez se logra entender cómo es que los agentes económicos toman decisiones en función de sus objetivos y sus restricciones, es que quienes estudian economía logran entender cómo es que en una sociedad se asignan los recursos escasos, para satisfacer las necesidades crecientes.

Eficiencia. Aprovechamiento de la mejor manera posible de los insumos disponibles, por ejemplo obteniendo el máximo producto, dados unos insumos, u obteniendo una cierta cantidad de producto con el mínimo de insumos.

Equidad. Mejor distribución de bienes, servicios, factores y oportunidades, entre los miembros de una sociedad.

Inconsistencia intertemporal. Problema que se presenta cuando las decisiones que maximizan el bienestar a corto plazo no maximizan el bienestar a largo plazo.

Inflación. Tasa a la cual se incrementa de forma sostenida el nivel general de precios de un país.

Males públicos. Males que no son rivales ni excluibles. Un mal no es rival cuando su consumo por parte de un individuo no limita el consumo por parte de otro. Un mal no es excluible cuando no existen mecanismos expeditos para impedir el consumo de alguien, como cuando no es posible tener disponibles cercamientos o puestos de control de ingreso y salida. Un ejemplo de un mal público es la contaminación ambiental.

Mercado. Punto de encuentro físico o virtual en el que oferentes y demandantes de bienes, servicios y factores pueden intercambiar de manera voluntaria.

Producto Interno Bruto (PIB). Valor de la producción total de bienes y servicios en un país.

Restricción de presupuesto. Relación entre los ingresos monetarios y los precios, que determina las combinaciones máximas de bienes y servicios disponibles para quien enfrenta la restricción. Puede estimarse en un momento del tiempo (restricción intratemporal) o a lo largo del tiempo (restricción intertemporal).

Material de apoyo

Videos y documentales

- “How food shapes our cities” (Steel, 2009). Documental que muestra cómo una persona puede sorprenderse por la capacidad de los mercados para, por ejemplo, asegurar toda o casi toda la alimentación de una ciudad con millones de habitantes y sin mayor intervención del Estado.

Libros y artículos

- Roberto Angulo y Alejandro Gaviria. “La década ganada: evolución de la clase media y las condiciones de vida en Colombia, 2002-2011”. Universidad de los Andes - El Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2013. Texto que aporta una visión acerca de los avances sociales a principios del siglo XXI.
- Manuel José Cepeda. “Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”. XXVII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 18-20 de febrero de 2004. Visión de los problemas tratados desde la perspectiva de los miembros de la Corte Constitucional.
- Sergio Clavijo. “Impacto económico de algunas sentencias de la corte: el caso de la ‘Mesada Pensional 14’ y de las regulaciones en vivienda”. Bogotá: Banco de la República, 2004; S. Clavijo, A. Vera y N. Vera. “Estructura fiscal de Colombia y ajustes requeridos 2012-2020”. Bogotá: ANIF, 2013. Dos miradas a la problemática desde el punto de vista de los economistas.
- *Informes Nacionales de Competitividad* del Consejo Privado de Competitividad (CPC). Documentos en línea con información interesante sobre la evolución de las coberturas y las tarifas de servicios públicos en Colombia.
- N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*, 6. ed. Cengage Learning Latin America - GM. Un texto claro y sin prerequisites para aprender los conceptos fundamentales de la economía contemporánea.
- Eduardo Lora, “La situación económica y social antes y después de la Constitución de 1991”. En Eduardo Lora y Carlos Scartascini. *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*. Bogotá: Alfaomega y Fedesarrollo, cap. 2. Análisis de los efectos sociales de la Constitución de 1991.
- Thomas Picketty. “Capital in the twenty first century”. The Belknap Press - Harvard University Press, 2014. Visión reciente de muchas de las inquietudes que tuvieron quienes redactaron la Constitución de 1991.
- Manuel Ramírez. “Pobreza y servicios públicos domiciliarios”. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2007. Análisis de los servicios públicos y la pobreza.
- Miguel Urrutia y Cristina Fernández (2003). “Política monetaria expansiva en épocas de crisis: el caso colombiano en el siglo XX. ¿No se quiso o no se pudo ser contracíclico?” *Revista del Banco de la República* (junio 2003); M. Urrutia y J. Llano. *Los actores de la crisis*. Bogotá: Uniandes, 2012. Dos textos esenciales para entender en detalle las causas y los pormenores de la crisis económica de 1999.

Referencias bibliográficas

Angulo Roberto y Alejandro Gaviria. "La década ganada: evolución de la clase media y las condiciones de vida en Colombia, 2002-2011". Universidad de los Andes - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2013. En línea: economia.uniandes.edu.co/investigaciones_y_publicaciones/CEDE/Publicaciones/documentos_cede/2013/La_decada_ganada_evolucion_de_la_clase_media_y_las_condiciones_de_vida_en_Colombia_2002-2011

Banco Mundial. World Development Indicators 2015. En línea: <http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>

Bennet, Herman y Klaus Shmidt Hebbel. "Déficit previsional del sector público y garantía de pensión mínima". Notas de Investigación del Banco Central de Chile, 2001. En línea: www.bcentral.cl/eng/studies/economia-chilena/2001/dic2001/Notas_01diciembre2001.pdf

Cepeda, Manuel José. "Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo". XXVII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 18-20 de febrero de 2004. En línea: es.scribd.com/doc/32020549/LAS-SENTENCIAS-DE-LA-CORTE-CON-IMPPLICACIONES-ECONOMICAS-REFLEXIONES-CON-ANIMO-CONSTRUCTIVO-Manuel-Jose-Cepeda-Espinoza

Clavijo, Sergio. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes, el caso de Colombia 1991-2000". *Derecho Público* (2001). Universidad de los Andes. En línea: derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub204.pdf

____. "Impacto económico de algunas sentencias de la corte: el caso de la "Mesada Pensional 14 y de las regulaciones en vivienda". Banco de la República, 2004.

Clavijo, Sergio; Alejandro Vera y Nelson Vera. "Estructura fiscal de Colombia y ajustes requeridos 2012-2020". ANIF, 2013. En línea: anif.co/sites/default/files/uploads/Libro%20Estructura%20fiscal%20de%20Colombia%20y%20ajustes%20requeridos.pdf

Clavijo, Sergio; Alejandro Vera, David Malagón, Nelson Vera y Margarita Cabra. "El pasivo pensional de Colombia: cálculo de su valor presente neto y sensibilidades paramétricas". ANIF, 2013. En línea: anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-Pensiones1113.pdf

Consejo Privado de Competitividad. "Energía como insumo". En *Informe Nacional de Competitividad 2010-2011*. CPC, 2010, cap. 3. En línea: [www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/informes/2010-2011/3C-Energia-como-insumo-VFinal-\(nov-2010\).pdf](http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/informes/2010-2011/3C-Energia-como-insumo-VFinal-(nov-2010).pdf)

Contraloría General de la República (2014) "Situación de la Deuda Pública Colombiana 2013" Bogotá, junio.

Echeverry, Juan Carlos; Jorge Alexander Bonilla y Andrés Moya. "Rigideces institucionales y flexibilidad presupuestaria: los casos de Argentina, Colombia, México y Perú". Universidad de los Andes - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2006. http://economia.uniandes.edu.co/investigaciones_y_publicaciones/CEDE/Publicaciones/documentos_cede/2006/rigideces_institucionales_y_flexibilidad_presupuestaria_los_casos_de_argentina_colombia_mexico_y_peru

El Tiempo. "Tope a megapensiones no aplica para jubilados antes de ley de 1992". Justicia, 15-5-2014. En línea: www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13993909

____. "En histórico fallo, Corte tumbó las medidas más altas del país". Temas del Día, 7-5-2013. En línea: www.eltiempo.com/justicia/corte-tumbo-las-megapensiones_12783137-4

____. "Corte decide responsabilidad del Banrepública en crisis de Upac". Temas del Día, 15-5-2014. En línea: www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12748642

González, Francisco y Valentina Calderón. "Las reformas tributarias en Colombia durante el siglo XX (I)". *Boletines de Divulgación Económica*, 8 (2002). Departamento Nacional de Planeación.

Junguito, Roberto y Hernán Rincón. "La política fiscal en el siglo XX en Colombia: una visión global". *Coyuntura Económica* 34, núm. 2 (2004): 53-75.

Landau, David. "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law". *Harvard International Law Journal*, 51, núm. 2 (2010). En línea: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774915

Lasso, Francisco. *Incidencia del gasto público social sobre la distribución del ingreso y la reducción de la pobreza*. Departamento Nacional de Planeación, 2006.

Lora, Eduardo. "La situación económica y social antes y después de la Constitución de 1991". En Eduardo Lora y Carlos Scartascini, *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*. Bogotá: Alfaomega y Fedesarrollo, 2010, cap. 2. En línea: economia.uniandes.edu.co/content/download/37304/317980/file/Capitulo_2_Lora_Eduardo.pdf

Lora, Eduardo. (2010). "La situación económica y social antes y después de la Constitución de 1991". En línea: economia.uniandes.edu.co/content/download/37304/317980/file/Capitulo_2_Lora_Eduardo.pdf

Mankiw, N. Gregory. *Principios de Economía*. 6 ed. Cengage Learning Latin America (GM), 2012.

Núñez, Jairo y Silvia Espinosa. *Asistencia social en Colombia: Diagnóstico y propuestas*. Universidad de los Andes - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2005.

Núñez, Jairo. (2009). *Incidencia del gasto público social en la distribución del ingreso, la pobreza y la indigencia*. Dirección de Estudios Económicos, Archivos de Economía, doc. 359, septiembre de 2009. En línea: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/359.pdf>

Parline Database de la Inter-Parliamentary Union (2013) (<http://www.ipu.org/parline/parlinesearch.asp>).

Picketty, Thomas. *Capital in the twenty first century*. Trad. A. Goldhammer. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Ramírez, Manuel. "Pobreza y servicios públicos domiciliarios". En *Misión para el Diseño de una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad*. Departamento Nacional de Planeación, Econometría, 2007.

Sistema Informativo del Gobierno - SIG. "El país tiene hoy cobertura universal de aseguramiento en salud". Presidencia de la República, agosto de 2013.

Sánchez, Fabio y Silvia Espinosa. "Impuestos y reformas tributarias en Colombia, 1980-2003". Universidad de los Andes - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, 2005.

Selowsky, Marcelo. "Who Benefits From Government Expenditure? A case study of Colombia". Oxford University Press, 1979.

Urrutia Miguel y Cristina Fernández. "Política monetaria expansiva en épocas de crisis: el caso colombiano en el siglo XX. ¿No se quiso o no se pudo ser contracíclico?". *Revista del Banco de la República* (junio 2003).

Urrutia, M. y J. Llano. *Los actores de la crisis*. Bogotá: Uniandes 2012.

Urrutia, M. y C. E. Posada (2004) "Un siglo de crecimiento en Colombia" mimeo (economia.uniandes.edu.co/content/download/8005/39319/file/Urrutia-Posada.doc)

El ciudadano en el mercado: una introducción al derecho del consumo

Mauricio Rengifo Gardeazábal

Consumidor
derechos del consumidor
publicidad engañosa
sociedades de consumo



Objetivos de aprendizaje

- Conocer el contexto histórico y social a partir del cual surge el derecho del consumo.
- Reflexionar respecto al consumismo a partir del conocimiento de los movimientos críticos que han surgido en contra de él.
- Reconocer las protecciones elementales que el derecho brinda al consumidor de productos y servicios en Colombia.
- Cuestionarse respecto a posibles problemas y debates que surgen entre el bienestar de los consumidores y los intereses de los productores.
- Asociar los conceptos y protecciones básicas del derecho del consumo con las vivencias cotidianas como consumidores.



Guía de estudio

El propósito del capítulo es evidenciar los problemas de las sociedades de consumo contemporáneas y la necesidad de una adecuada protección a los ciudadanos a través del denominado “derecho del consumo”. En este capítulo se reconstruye el contexto social y económico en el que surgen las sociedades de consumo, continuando con los peligros a los que usualmente se enfrentan los ciudadanos que participan en los mercados globalizados. También se estudiarán los movimientos surgidos para enfrentar las preocupaciones causadas por la sociedad de consumo, especialmente respecto a la destrucción del medio ambiente y a la generación masiva de desechos. Igualmente se abordará la aparición de las organizaciones de protección a los consumidores, tanto en Colombia como en el mundo, para posteriormente adentrarse en el derecho nacional del consumidor establecido en la Ley 1480 de 2011. Finalmente, el texto propone una serie de problemas y retos que deberán ser afrontados por el derecho del consumo en los años venideros.

Introducción

En el mundo actual, son pocas las personas que pueden sobrevivir sin contacto alguno con los mercados nacionales e internacionales. La vida cotidiana de buena parte de la población urbana se desenvuelve en los grandes centros comerciales, diseñados para que las familias dediquen sus ratos de ocio al consumo masivo de bienes y servicios. El centro comercial aglutina las más diversas actividades: locales para comprar ropa de marca, joyerías, relojerías y tiendas con diseños exclusivos, salones de belleza que siguen las últimas tendencias de la moda, restaurantes de todos los niveles y para todos los gustos, cómodas salas de cine con las últimas películas de Hollywood, supermercados e hipermercados que satisfacen todas las necesidades y gustos en un mundo que promete siempre la abundancia.

El mercado también habita entre los pequeños resquicios de la vida privada. En los hogares, penetra a través de los medios de comunicación con todo su arsenal publicitario: la madre que lee el periódico, el padre que enciende la televisión, la hija que navega por Internet, el niño pequeño que juega con su reproductor musical. Todos y cada uno de ellos recibe en unos pocos minutos un elevado número de invitaciones a comprar y comprar más y mejores productos. Sustraerse a las demandas del mercado es cada vez más difícil; vivir al margen de él es prácticamente imposible.

No hay duda de que la alta productividad alcanzada por el capitalismo nos brinda constantemente nuevas opciones para satisfacer nuestros gustos y deseos, lo que ha aumentado nuestra libertad de elegir. Pero también es cierto que los mercados modernos son peligrosos para la humanidad y pueden terminar por esclavizarnos o destruirnos.



Francisco Diaz from New Jersey, USA: Times Square, NYC. Wikimedia Commons, the free media repository.

Actividad 1

Para reflexionar

1. ¿Alguna vez ha comprado algo que después no se explica por qué lo compró?
2. ¿Ha comprado cosas que nunca ha utilizado?, ¿por qué lo hizo?
3. ¿Por qué “los mercados modernos son peligrosos para la humanidad y pueden terminar por esclavizar-nos o destruirnos”?
4. ¿Está de acuerdo o no con esta afirmación? Explique.

La vida en las sociedades de consumo

El comienzo del siglo XX estuvo marcado por el surgimiento de la producción masiva (o producción en serie) de bienes y servicios. Productos que antaño estaban reservados para las clases adineradas muy pronto estuvieron al alcance del gran público. La producción masiva de bienes y servicios fue el resultado de nuevas técnicas de organización de la industria (taylorismo, fordismo, etc.) en combinación con una tecnología altamente especializada. Con el tiempo, la producción masiva inauguró una nueva etapa en el desarrollo de las sociedades capitalistas: las sociedades de consumo. Sin embargo, el ritmo de producción solo podría mantenerse si la población consumía al mismo ritmo del crecimiento de la industria. Se hizo entonces necesario *fomentar* el consumo masivo de bienes y servicios.

En las sociedades de consumo la producción no pretende satisfacer necesidades de subsistencia sino complacer los deseos y gustos del público. *Una sociedad de consumo es entonces una etapa del capitalismo industrial caracterizada por la producción y el consumo masivo de bienes y servicios más allá de las meras necesidades de subsistencia.* Los protagonistas de las sociedades de consumo no son las personas en su individualidad particular, sino las grandes masas del público, por lo general anónimas, que acuden a los grandes mercados a comprar desprevénidamente los productos y servicios. En adelante nos referiremos a este grupo como los “consumidores”.

Las sociedades de consumo tienen aspectos positivos. En primer lugar, la oferta masiva de bienes y servicios ha permitido que más personas satisfagan tanto sus

necesidades básicas como sus aspiraciones de comodidad. Ciertamente, la fabricación en serie ha permitido poner en el mercado productos a precios accesibles y en cantidad suficiente para todos. En segundo lugar, la producción masiva se ha desarrollado en continua alianza con la tecnología, lo cual ha permitido ofrecer los últimos avances de la ciencia, la ingeniería y el diseño industrial. Así, por ejemplo, si un médico diseña una molécula para combatir cierta enfermedad o un ingeniero electrónico encuentra una forma de hacer más veloz un computador, en poco tiempo estas novedades pueden estar al alcance de todos. En tercer lugar, y como resultado de los dos puntos anteriores, en las sociedades de consumo se ha generado una diversificación considerable de la producción de bienes y servicios. Si es cierto que la libertad depende en buena medida de la existencia de alternativas, la sociedad de consumo ha generado todo un mundo de posibilidades para la vida libre. Mientras que en las sociedades precapitalistas la gente no tiene más remedio que “comer igual, vestir igual, trabajar igual y disfrutar de lo mismo por el resto de sus vidas”, en las sociedades de consumo se brinda una multitud de opciones. En cuarto lugar, los procesos de fabricación en serie han facilitado la estandarización de la producción, ya que cada bien que sale de la cadena es igual a los demás. En la medida en que los productos se estandarizan, mejora la calidad y la seguridad de los productos. Finalmente, las sociedades de consumo han eliminado numerosas barreras sociales, al poner al alcance de todos los productos lujosos, antaño reservados a las clases privilegiadas.

Sin embargo, las sociedades de consumo han suscitado también muchas críticas. La crítica más extendida, y quizás la más convincente, afirma que las sociedades de consumo conducen inevitablemente a la sobreexplotación de los recursos naturales y a su agotamiento final. Las sociedades de consumo son “culturas del desperdicio”: las personas adquieren productos que no necesitan, los acumulan por un tiempo indefinido y luego los arrojan a la basura como desechos inservibles. Los productos mismos no están hechos para durar, porque, si así fuera, las personas dejarían de renovarlos. Los productos tienen un tiempo de vida corto. Ninguna cultura había producido tanta basura como la organizada en torno al consumo.

Una segunda crítica cuestiona una de las premisas básicas de los defensores de las sociedades de consumo: la

tesis de que la producción en masa logra satisfacer las necesidades de la población mundial. La verdad es que la mayor parte del consumo (50%) que se efectúa en el mundo corresponde a los países desarrollados. Cuando los países menos desarrollados logran aumentar su producción, sus esfuerzos económicos se concentran en satisfacer las necesidades de los países más ricos, descuidando las necesidades de su propia población. Las preferencias de los consumidores también juegan un papel desequilibrante en este proceso. En materia de consumo de alimentos, por ejemplo, la demanda de productos cárnicos supone el uso intensivo del suelo para la ganadería, desplazando los usos agrícolas. Si el uso del suelo rural, que actualmente se destina para la ganadería, estuviese destinado a la agricultura, sería posible la eliminación de los problemas alimentarios del mundo.

Un efecto colateral que también resulta indeseable de la producción en cadena o en masa es el maltrato de los animales¹. La aplicación de las técnicas de producción masiva en las granjas industriales modernas ha multiplicado los casos de maltrato animal. Por ejemplo, para la producción de carne se suele confinar el ganado en estrechas jaulas en las que los animales permanecen durante sus cortas y dolorosas vidas.

Otra crítica ha señalado que las sociedades de consumo, en lugar de aumentar la libertad de elegir de las personas, en realidad la restringen considerablemente. Hay muchos ejemplos de la pérdida de libertad en los métodos publicitarios, las estrategias de venta, los productos adictivos, las ventas atadas o las cláusulas de permanencia. No hay duda de que los métodos publicitarios tienen aspectos positivos para el mercado. La publicidad contribuye a mejorar la comunicación entre productores y consumidores, al presentar la información en términos directos, claros y sencillos para el público. Sin embargo, la publicidad tiene aspectos negativos: puede funcionar como una técnica sistemática de manipulación de los gustos y decisiones de los consumidores. Infortunadamente, algunas empresas emplean publicidad que atrae a sus clientes mediante la apelación a factores psicológicos más o menos ocultos, como el temor a contraer enfermedades (usual en jabones, detergentes, desinfectantes), la atracción sexual explícita (común en la venta

Actividad 2

Para reflexionar

Se han presentado varios argumentos a favor y en contra de las sociedades de consumo. A partir de la definición de sociedad de consumo, y de lo explicado, diga si está de acuerdo o no con la crítica según la cual las sociedades de consumo restringen considerablemente la libertad de las personas. Dé tres ejemplos concretos de su posición.

de perfumes, lociones, ropa de marca), la nostalgia por tiempos dorados (se apela a la comida de mamá, al auto del abuelo), el miedo a la soledad o al fracaso, etc.

El problema más grave, en lo que tiene que ver con la publicidad, está en la tendencia que tienen algunos anuncios a exagerar las bondades de los productos. Este fenómeno se conoce comúnmente como *publicidad engañosa*. No en pocas ocasiones los empresarios ofrecen productos que supuestamente conceden la juventud eterna (maquillajes, adelgazantes), que desarrollan en sus usuarios poderes especiales de seducción (cosméticos, desodorantes, perfumes, prendas de vestir), que lo hacen popular en pocos minutos (el último juguete, el



Jonathan McIntosh, Wikimedia Commons, the free media repository.

1 Véase Peter Singer, *Liberación animal* (Madrid: Taurus, 2011).

vestido de marca, los *gadgets*), etc. Pero la publicidad no solo puede afectar nuestras decisiones mediante el engaño, también puede configurar nuestros gustos en formas insospechadas. Algunas agencias de publicidad han ideado campañas para orientar las decisiones de los consumidores desde la más tierna infancia.

Varias estrategias de venta también pueden afectar la libertad de los consumidores. Por ejemplo, es frecuente que los productores recurran a *métodos de venta agresivos* como la visita directa a los clientes potenciales, el abordaje callejero, las llamadas sorpresivas (a cualquier hora del día), la publicidad invasiva, los premios condicionados a la compra de más productos, entre muchas otras. El caso más extremo de restricción a la libertad de los consumidores ocurre con los *productos adictivos*. Se trata de productos especialmente diseñados para que los consumidores, una vez hagan uso de ellos, sientan la necesidad compulsiva de seguirlos adquiriendo. Hay muchos ejemplos de este tipo en el mercado: juegos de video con diferentes niveles, álbumes coleccionables,

juguets con accesorios, refrescos, bebidas negras, papas saladas, chicles y gomas de mascar, sin mencionar las bebidas alcohólicas, los cigarrillos y el tabaco en general. Las *ventas atadas* son otra estrategia bien conocida en contra de la libertad de elegir en el mercado. En las ventas atadas se pone en el mercado un producto que no puede funcionar a corto o largo plazo por sí mismo y que, por ende, exige la adquisición de productos complementarios. Los ejemplos también abundan en este caso: los computadores y sus respectivos antivirus, los electrodomésticos y las baterías no recargables, los teléfonos inteligentes y sus *gadgets*, los reproductores de audio digitales y sus accesorios, etc. Quizás la más odiosa de las restricciones a la libertad que existen en las sociedades de consumo sean las *cláusulas de permanencia* y las *renovaciones automáticas* en el mercado de los servicios. Suele suceder que compañías inescrupulosas obliguen contractualmente a quien ha adquirido un servicio a permanecer vinculado a la empresa por tiempo indefinido, a pesar de la notoria insatisfacción del usuario.

La siguiente crítica está relacionada con la hipotética alta calidad, idoneidad y seguridad que brindan los productos de las sociedades de consumo. Para explicar este punto conviene precisar el significado de las expresiones “calidad”, “idoneidad” y “seguridad”. La *calidad* de un producto hace referencia a los materiales con que está hecho. Se supone que la calidad de los productos debe ser acorde con su función. Si un martillo está hecho con materiales que no son resistentes, no podrá funcionar adecuadamente y probablemente se deteriorará fácilmente con el uso. La *idoneidad* es la capacidad que tiene un producto para cumplir la función para la cual fue diseñado: las aspiradoras deben aspirar el polvo, las lavadoras deben lavar la ropa, y así sucesivamente. La *seguridad* consiste en la inaptitud que tienen los productos para causar daños a sus usuarios o a terceros.

Pues bien, los críticos de la sociedad de consumo afirman que la fabricación en masa de los productos no garantiza su calidad, idoneidad o seguridad. En materia de calidad, ya hemos explicado por qué sucede tal cosa. Muchas empresas deciden no hacer productos duraderos. En materia de idoneidad y seguridad, el problema está relacionado con la innovación tecnológica. Las empresas líderes del mercado realizan constantemente investigaciones para desarrollar nuevos productos o mejorar los

Actividad 3 Para discutir

Imagine que usted está encargado de la regulación de la publicidad en el país. Tiene la posibilidad de regular la publicidad engañosa, la venta de productos adictivos, las ventas atadas y los métodos de venta agresivos para proteger, a través de esta, los derechos de los consumidores. Sin embargo, debe balancear los derechos de los consumidores con la libertad de las empresas y la propiedad privada. ¿Qué tipo de regulación promovería para cada una de estas instancias (publicidad engañosa, venta de productos adictivos, ventas atadas y métodos de venta agresivos). Dé un ejemplo de cómo se aplicaría su propuesta en el caso de: las ventas de cigarrillos y alcohol; las ventas de comida con alto contenido de sal, azúcar o grasas saturadas; las cláusulas de permanencia y renovaciones automáticas de los teléfonos celulares; la telepublicidad engañosa de cremas adelgazantes; y las llamadas y mensajes al celular para promover nuevos productos financieros.

Recuadro 1

La sociedad del espectáculo

El problema de la calidad es mucho más profundo de lo que se cree. La aplicación de las fórmulas de la producción en serie a la industria cultural ha generado también lo que ha sido denominado por la teoría crítica como “cultura de masas”^{*}. En el pasado, el artista independiente o las vanguardias artísticas elaboraban obras de arte de gran valor estético y cultural. Estas obras se caracterizaban por poseer una notable calidad técnica y suponían un esfuerzo considerable de interpretación por parte del público. Con la tecnología moderna surgen los *medios masivos de comunicación*: prensa, fotografía, teléfono, cine, radio, televisión, reproductores musicales o de video (fonógrafo, equipos de sonido, grabadoras, DVD, reproductores digitales), Internet, etc. Pese a la resistencia de las vanguardias artísticas, cada vez más abstractas, los medios masivos de comunicación crearon sus propios productos culturales: radionovelas, telenovelas, shows musicales de radio o televisión, películas de cine, cómics, manga, juegos de video, entre muchos otros.

Sin duda, entre los nuevos productos culturales existen incontables ejemplos positivos: ingeniosas series de televisión, divertidos programas radiales, deslumbrantes películas de cine, estimulantes cómics y apasionantes juegos de video. Pero también es cierto que las manifestaciones del arte de masas tienden a ser productos culturales de baja calidad, que estimulan la violencia, reproducen los prejuicios sociales, son poco autocríticas con su medio y resultan complacientes con el público.

¿Qué tiene que ver todo esto con la sociedad de consumo? La respuesta es relativamente sencilla: el arte de masas se elabora por medio de las mismas técnicas que se emplean para crear cualquier otro producto: las películas de cine, los cómics, las telenovelas, se hacen en serie. Dado que el arte de masas se elabora en serie, cada producto es el resultado de un procedimiento, de una fórmula. Cuando el arte de masas aburre, se recurre a la tecnología para generar una diferencia. Así, por ejemplo, en cinco películas de acción se recurre a persecuciones de autos con dobles para ganar audiencia. Cuando la repetición ha cansado al público, se introduce un nuevo elemento: persecuciones con efectos digitales. Este proceso se repite una y otra vez en el género. Además de ser formulario, el arte de masas es complaciente; no exige nada del público.

El arte de masas elabora productos culturales que son propios de una sociedad de consumo. En el arte de masas no hay artistas, sino personajes famosos; no hay vanguardias, sino modas. El arte de masas no busca hacer pensar al espectador, solo pretende entretenerlo. Los productos culturales del arte de masas se consumen de la misma forma como se consumen las hamburguesas, los perros calientes y la comida rápida. Nadie recuerda la película del fin de semana, la caricatura de ayer, la canción de hace cinco minutos. *En la sociedad de consumo la cultura se transforma en arte de masas y la sociedad civil en la sociedad del espectáculo.*

^{*} Véase Noël Carroll, *Una filosofía del arte de masas* (Madrid: Antonio Machado, 2003).

Actividad 4

Para reflexionar

1. ¿Cree usted que el arte de masas solo busca entretener y no busca educar ni hacer pensar?
2. ¿Está de acuerdo con que la sociedad de consumo trae como consecuencia el deterioro de la calidad de los productos culturales y, por tanto, de la educación de una sociedad? Explique.

ya existentes. Infortunadamente, el afán de innovación y el deseo de patentar un invento pueden precipitar la venta de productos inútiles o perjudiciales para la salud.

Nos guste o no, la vida en el mundo contemporáneo se desarrolla en medio de las sociedades de consumo. Para los defensores de este tipo de sociedades, vivimos en un mundo de necesidades satisfechas, con mayores libertades, con nuevos ámbitos de expresión artística y cultural. Los críticos reconocen estas ventajas, pero nos advierten de sus peligros: si las autoridades no regulan adecuadamente las sociedades de consumo ni la sociedad civil cuestiona sus productos, los consumidores, que somos todos, estamos expuestos a diversas clases de abusos, peligros y riesgos que pueden coartar gravemente la libertad y la calidad de vida de la humanidad. Por esa razón, a mediados de siglo XX surgió el movimiento social por los derechos de los consumidores.

El movimiento para la protección de los consumidores

Los defectos de las sociedades de consumo han sido denunciados de manera sistemática por numerosos intelectuales desde finales del siglo XIX². No obstante, el *primer movimiento para la protección de los consumidores* no nació sino hasta comienzos de la década de los cincuenta en Estados Unidos. El propósito del movimiento era reclamar mayor protección de las autoridades contra los abusos de algunas empresas poderosas. Originalmente, el movimiento no reclamaba “derechos de los consumidores”, pero con el tiempo las reivindicaciones fueron tomando un aspecto más político y jurídico. Las asociaciones de consumidores creadas en la década anterior se reunieron en la Conferencia de La Haya de 1960, para dar origen a la Organización Internacional de Asociaciones de Consumidores (IOCU, por sus siglas en inglés), encargada de promover la protección del consumidor mediante diferentes estrategias legales y políticas. Dos años más tarde, el presidente de Estados Unidos, John F. Kennedy, envió un mensaje al Congreso en el que expresaba la necesidad de darles reconocimiento a los derechos de



Marta Rojas.

los consumidores (15 de marzo de 1962)³. A partir de ese momento, las demandas del movimiento se concentraron en la necesidad de que los Estados reconocieran y promulgaran una *carta de derechos de los consumidores*. En dicha carta deberían reconocerse los siguientes derechos: libertad, igualdad, información, educación, salud, participación y asociación en los mercados. Había nacido una nueva rama del derecho: el derecho del consumo.

El *segundo movimiento para la protección de los consumidores* se originó en la década de los setenta en varios países occidentales. Este movimiento no estaba orientado al reconocimiento y protección de los derechos de los consumidores. Para la nueva generación de activistas, el reconocimiento y la protección de los derechos no era suficientemente efectivo para enfrentar los graves riesgos de la sociedad de consumo. Influidos por el surgimiento del ambientalismo en la Conferencia de Estocolmo (1972), los nuevos defensores de los consumidores tenían como propósito cambiar las prácticas sociales más arraigadas para hacerlas compatibles con el desarrollo sostenible y la protección de todas las formas de vida. Si en el primer movimiento se hacía énfasis en el

2 Véanse, por ejemplo: Thorstein Veblen, *Teoría de la clase ociosa* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1963); Herbert Marcuse, *La sociedad carnívora* (Buenos Aires: Godot, 2011); Max Hockheimer, *Dialéctica de la ilustración* (Madrid: Trotta, 2001); Jean Baudrillard, *La sociedad de consumo* (Madrid: Siglo XXI, 2009).

3 Actualmente, el 15 de marzo se celebra el día mundial de los consumidores.

Actividad 5

Para reflexionar

Elabore un manifiesto de los derechos de los consumidores de su generación (los jóvenes de hoy en día). El manifiesto debe responder a las críticas a la sociedad de consumo descritas en este capítulo, adaptándolas a aquello que usted considera no debería suceder (por ejemplo, cierto tipo de publicidad engañosa). El manifiesto debe contener por lo menos diez puntos diferentes.

derecho a la información y a la salud, ahora se ponía el acento en la educación de los consumidores.

En esta etapa aparecieron diferentes grupos de activistas a nivel mundial, con propuestas de todo tipo. A manera de ejemplo, citamos algunos de los grupos más conocidos. Para los practicantes del *simple living* (vida simple), los consumidores deben aprender a vivir de forma sencilla, abandonando los lujos y despilfarros innecesarios. En ese sentido, proponen limitar el número de bienes que se deben poseer por persona (cantidad máxima de zapatos, chaquetas, abrigos, etc.). Sugieren poner en práctica la cultura del ahorro, con pequeñas medidas como no encender las luces en las noches, cocinar en casa, hacer menos regalos materiales durante las fiestas navideñas, restringir las compras para ciertos días del año, entre otras ideas. Para los defensores de una vida simple también es importante incrementar la autosuficiencia personal, al tiempo que se disminuye la dependencia del consumo. Entre las medidas que apuntan en esa dirección está la agricultura urbana (mediante el cultivo de hortalizas en los jardines), la autoconfección de las prendas de vestir, el trueque de ropa usada y el reciclaje.

Para el grupo *local purchasing* (compras locales), la globalización de la economía no siempre es benéfica para la sociedad. Es cierto que los grandes mercados internacionales brindan a los consumidores mayores oportunidades para elegir. Asimismo, las grandes economías de mercado han hecho más competitivas y eficientes a las empresas, lo cual puede redundar en mejores precios para los consumidores. Sin embargo, las compras internacionales suponen un importante incremento en gastos de embalaje,

transporte y distribución de las mercancías. El efecto colateral de la economía globalizada es un grave deterioro del medio ambiente. Los promotores del grupo “compras locales” buscan incentivar el consumo local, porque resulta mucho más acorde con la protección de los ecosistemas.

Finalmente, el grupo *environmentally friendly* (amigables con el ambiente) tiene como meta educar a los consumidores sobre los productos que deben o no comprar, según sean respectivamente amigables o peligrosos para el ambiente. La idea que subyace a esta propuesta es que los consumidores son finalmente quienes deciden qué produce la industria. Si demandan productos dañinos, la industria los producirá, sin importar las consecuencias a largo plazo; pero si demandan solo productos amigables, las empresas procederán en consecuencia. Para que los grupos de consumidores puedan saber qué productos deben comprar es preciso desarrollar marcas que certifiquen el trato amable con el ambiente. En la práctica se han desarrollado un número importante de marcas de este tipo en los países desarrollados (las más conocidas son *Ecolabel*, *Energy Star* y *Blue Angel*).

En el movimiento hay dos grupos que, por sus propuestas radicales e innovadoras, merecen un comentario aparte: los *vegetarianos* y los *freegans*. Los vegetarianos consideran que infligir dolor a cualquier ser sensible es moralmente incorrecto, en especial cuando tales seres tienen niveles importantes de autoconciencia (como sucede con algunos mamíferos superiores, como los primates, delfines, ballenas). En consecuencia, consideran inapropiado consumir animales que han sido maltratados o sacrificados por medios crueles. Como alternativa, proponen una dieta alternativa basada fundamentalmente en cereales, hortalizas y frutas. Algunos vegetarianos más radicales,

Actividad 6

Para discutir

1. ¿Qué opina de la propuesta del grupo activista *simple living*?
2. ¿Qué ventajas y qué desventajas tiene?
3. ¿Cómo podría mejorar la propuesta de ese grupo?
4. ¿Considera que la propuesta está acorde con las formas de vida actuales de nuestra sociedad?

User: Morven on en.wikipedia, Wikimedia Commons, the free media repository.



Actividad 7

Para reflexionar

- 1. ¿Qué opina de la propuesta del grupo *local purchasing*? Al responder, tenga en cuenta productos como ropa, accesorios y belleza.
- 2. ¿Reconoce cuáles marcas son nacionales y cuáles extranjeras?, ¿sabe cuáles son locales?
- 3. ¿Prefiere utilizar productos confeccionados en Colombia o en el extranjero?, ¿por qué?
- 4. ¿Su respuesta es diferente para otro tipo de productos?

denominados *veganos*, rechazan el consumo de productos animales que hayan sido maltratados. No consumen lácteos ni huevos e incluso condenan el uso de productos elaborados con cuero, pieles, plumas, etc.

Más recientemente ha surgido el grupo de los *freegans*, quizás el más radical. Los miembros de este movimiento consideran que la vida en la Tierra está seriamente amenazada por la fabricación en masa y proponen medidas extremas como abandonar radicalmente toda forma de consumo fundada en el dinero. Como alternativa, los *freegans* sugieren vivir del trueque, el reciclaje y la economía de subsistencia (recolección, cacería y pesca artesanal, pequeña agricultura). Como forma de protesta, los miembros de este grupo suelen practicar incursiones a los depósitos de basura de los centros comerciales para rescatar productos útiles que han sido desechados irracionalmente. Naturalmente, la suerte de los movimientos

radicales es dudosa y no siempre constituyen verdaderas alternativas de transformación de la sociedad.

Los derechos de los consumidores

En el marco del primer movimiento de protección a los consumidores, la mayoría de países del mundo ha reconocido los derechos de los consumidores en los mercados. Este reconocimiento implica que *todas las personas que viven y participan en una economía de mercado son ciudadanos, es decir, titulares de derechos* que los protegen contra los riesgos y abusos de algunas empresas.

Los derechos de los consumidores tienen algunas peculiaridades. Para empezar, se trata de derechos colectivos, es decir, derechos que se tienen en la medida que el titular forme parte de un grupo de personas determinado: los consumidores. Mientras que los derechos fundamentales se tienen por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, los derechos colectivos se adquieren cuando se actúa como miembro de una clase, en nuestro caso, la clase de los consumidores. Por lo general, cuando un productor vulnera los derechos de un cliente, indirectamente está atentando contra los consumidores como grupo, ya que los defectos de un producto pueden repetirse en otros. De ahí que las personas afectadas por un producto defectuoso pueden solicitar auxilio de las asociaciones de consumidores para que representen sus intereses. Entre los derechos de los consumidores más importantes destacan: libertad de elegir, derecho a la igualdad,

Actividad 8

Para reflexionar

- ¿Qué opina del grupo *environmentally friendly*? Al responder, considere por lo menos los siguientes puntos:
- 1. ¿Cree que las marcas que apelan a ser amigables con el medio ambiente atraen más consumidores?
 - 2. ¿Qué tipo de productos tienden a utilizar como estrategia de publicidad el ser amigables con el medio ambiente?, ¿por qué cree que lo hacen?
 - 3. ¿Qué productos cree que deberían ser amigables con el medio ambiente para poder ser comercializados?

Recuadro 2

Confederación Colombiana de Consumidores*

En la práctica, el reclamo de un solo ciudadano insatisfecho no producirá el mismo efecto ante una empresa poderosa e indiferente que el reclamo de toda una asociación. En nuestro país, desde una época tan temprana como la década de los sesenta, se han creado las asociaciones y ligas regionales de consumidores. Tales ligas han asumido la tarea de servir como intermediarias en las reclamaciones de cientos de miles de consumidores. En la actualidad, un número considerable de asociaciones se encuentran vinculadas a la Confederación Colombiana de Consumidores (CCC), organismo que representa los intereses de los consumidores del país.

La CCC es una entidad sin ánimo de lucro, cuya finalidad es agrupar a los consumidores para la defensa de sus intereses, luchar contra el incremento del costo de vida y fomentar la productividad en general. Por intermedio de esta entidad los usuarios y consumidores pueden presentar quejas y reclamos sobre la calidad y garantía de la prestación de un servicio o de un producto en el mercado, ya sean electrodomésticos, muebles, automotores, vivienda, arrendamientos, lavandería, vestuario, ornamentación, joyería y relojería, libros, revistas, alimentos, servicios públicos, entre otros. Para presentar una queja de esta naturaleza solo se requiere una carta dirigida a la Confederación donde se exprese de manera clara la queja, adjuntando los recibos o facturas que sirvan como prueba para la reclamación. También deberán suministrarse los datos completos del proveedor o de quien presta el servicio.

Las ligas de consumidores tienen entre sus funciones más importantes resolver los conflictos que se presenten entre expendedores y ciudadanos, a través de diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos. El más importante en la actualidad es la conciliación. Gracias a la conciliación efectuada en las asociaciones se han solucionado un número considerable de conflictos en forma pacífica.

* Confederación Colombiana de Consumidores, Departamento de Calidad y Garantía, Quejas y Reclamos.
En línea: <http://www.ccconsumidores.org.co>

derecho a la información, derecho a la salud, derecho a la educación, derechos de asociación y participación.

Libertad de elegir

Incluye el derecho a decidir sin presiones si se celebra o no una compra o se adquiere un servicio, si se renueva o no una suscripción, si se da por concluido un contrato que no se ha cumplido. Entre las prácticas que socavan la libertad de elegir se cuentan las ventas atadas (ventas que condicionan la adquisición de un producto a la adquisición de otros), la renovación automática de los contratos sin oportunidad de terminación unilateral, las cláusulas de permanencia mínima (sin contraprestación alguna a favor del consumidor) y los contratos con cláusulas que impidan la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. También atentan contra la libertad de elegir las prácticas de manipulación, como la publicidad engañosa o los métodos de venta agresivos (que invaden la intimidad de los ciudadanos).

Actividad 9

Para investigar

En muchos países latinoamericanos ha sido frecuente la práctica de impedir el ingreso de personas a bares, restaurantes, discotecas o almacenes exclusivos por motivos de apariencia, muy relacionados con la clase social, con el argumento de que el producto que ofrece el lugar es también “exclusivo”. ¿Considera que con ello se comete el delito de discriminación (Ley 1482 de 2012) o se viola el artículo 12 del actual Estatuto del Consumidor? Investigue si ha habido algún caso publicado en la prensa en que se haya impedido el acceso a unas personas a un bar, restaurante, discoteca o almacén. ¿Por qué se les impidió el acceso? Si considera que se violaron sus derechos, indique cuáles y explique por qué.

Derecho a la igualdad

Los consumidores tienen derecho a ser tratados con igualdad, sin que sean sometidos a prácticas discriminatorias a causa de su raza, nacionalidad, clase socioeconómica, género y orientación sexual. De esta forma, los expendedores de bienes y servicios no pueden impedir el libre acceso de los consumidores a sus establecimientos por las razones aludidas. Tampoco pueden restringirlos o establecer áreas que de alguna manera separen o segreguen a sus clientes.

Derecho a la información

Este derecho establece que el expendedor, como empresa organizada en el mercado, debe suministrar toda la información relevante para que el consumidor pueda tomar una decisión libre sobre la conveniencia del negocio. La información debe ser oportuna, clara, veraz y suficiente. Para que sea oportuna debe suministrarse, en la medida de lo posible, antes de la decisión de compra. La información debe ser clara, esto es, utilizar un lenguaje sencillo, apropiado a cada consumidor. Pero lo más importante es que la información sea veraz y suficiente, que explique las cualidades del producto sin exageraciones ni engaños y sea lo más completa posible.

Recuadro 3
Caveat emptor

Antes de que surgieran las normas sobre protección a los consumidores, la celebración de contratos entre expendedores y compradores se regía por el principio *caveat emptor* (a riesgo del comprador). De acuerdo con este principio, el comprador es quien tiene la carga de averiguar si lo que está en el mercado satisface sus necesidades, gustos y preferencias; es él quien debe examinar el estado, la calidad, la idoneidad y los riesgos de los bienes que están en el comercio. El vendedor debe permanecer pasivo, a menos que se le pregunte algo. Si este es el caso, el vendedor debe responder honradamente, pero no tiene por qué ir más allá. Este principio aún rige entre particulares, pero la regla para empresas es más estricta, ya que están obligadas a divulgar toda la información que el comprador necesite saber.

Actividad 10
Para reflexionar

¿Cuáles pueden ser las consecuencias para el mercado y para los consumidores si rigiera el principio de *caveat emptor* para las ventas masivas? Explique e ilustre con tres ejemplos.

La publicidad engañosa es la práctica más común entre los expendedores. En el mercado se encuentran productos que carecen de toda efectividad: drogas contra la calvicie, cosméticos antiarrugas, tratamientos adelgazantes, amuletos para la buena suerte, productos para la impotencia, inversiones mágicas y brebajes para el amor o el despecho. Pero también hay publicidad engañosa, que es mucho más sutil y difícil de detectar, en especial cuando se trata de publicidad totalmente desvinculada del producto y basada en el prestigio de algún personaje famoso.

Derecho a la salud

Los consumidores tienen derecho a que los productos que adquieren en el mercado no pongan en peligro su salud. Esta exigencia se extiende a todo tipo de productos y servicios: alimentos, bebidas, drogas, prendas de vestir, electrodomésticos, herramientas, materiales de construcción, vehículos de transporte, etc. Para hacer efectivo este derecho las autoridades estatales deben exigir pruebas de calidad y seguridad de los productos, así como otorgar licencias sanitarias para aquellos bienes y servicios que puedan atentar contra la salud de los consumidores. Las fechas de vencimiento, los manuales de instrucciones, las advertencias y contraindicaciones son algunas manifestaciones del deber de información que pueden mejorar la seguridad de los consumidores.

Derecho a la educación

Las autoridades deben hacer todo lo posible para que los ciudadanos aprendan a consumir con plena conciencia de las implicaciones que trae la adquisición de un producto. El consumidor responsable escoge, en la medida de lo posible, aquellos productos que no atenten contra el medio ambiente ni contra su propia salud o la de terceros, que sean seguros, idóneos y de buena calidad.

Recuadro 4

Productos nocivos para la salud

Son numerosos los casos de productos distribuidos en los mercados que más tarde han resultado nocivos para la salud. El caso más conocido es el de los productos elaborados a base de asbesto (como las tejas, baldosas y azulejos). Este mineral fibroso es sumamente dañino para los pulmones y puede generar cáncer. En Norteamérica fue identificado como el causante de cientos de miles de casos de cáncer, en especial en trabajadores de la construcción.

En Alemania, durante la década de los sesenta, se presentó al mercado una nueva droga llamada Contergan especialmente diseñada para combatir las náuseas de mujeres embarazadas. Infortunadamente, en aquel entonces se sabía muy poco de los terribles efectos colaterales de esta droga, elaborada a base de talidomida, un agente químico que causa graves deformaciones en el feto. Un número considerable de niños nacieron con serias deformaciones antes de la prohibición definitiva de este producto.

En España, durante la década de los ochenta, se produjo una intoxicación masiva con aceite de colza mal procesado, lo que causó la muerte de más de mil personas. En el sector del transporte se han fabricado automóviles sumamente peligrosos para la sociedad. En la industria estadounidense se recuerda con vergüenza modelos como el Ford Pinto, el Pontiac Fiero y el Chevy Vega. El Ford Pinto fue muy exitoso en ventas, pero tenía dos graves defectos: el depósito de gasolina estaba ubicado en la parte trasera, de suerte que un golpe en esa zona podía hacerlo explotar. Además, la carrocería era muy débil, de manera que ante los choques se deformaba fácilmente, dejando atrapados a los tripulantes. Como resultado de este diseño defectuoso, los dueños de este modelo se exponían a morir quemados sin escape posible de esta trampa sobre ruedas.

En la industria del antiguo bloque socialista también se fabricaron autos sin las mínimas exigencias de seguridad. Los modelos Trabant y Yugo se hicieron tristemente célebres por los accidentes que podían generar en carretera. Las mejoras sensibles en la calidad y seguridad de los automóviles a nivel mundial se deben a la acción decidida de las asociaciones de consumidores, las cuales han denunciado oportunamente estos casos.

Actividad 11

Para investigar

En el caso del Ford Pinto, la justicia estadounidense le impuso al fabricante la obligación de pagar daños punitivos. Ello quiere decir que la suma a pagar iba más allá de compensar a las personas que perdieron miembros de su familia en accidentes debido a la mala fabricación del carro, y a los compradores por los riesgos incurridos. El objetivo era otorgar una suma lo suficientemente dolorosa para la compañía como para desestimular este tipo de prácticas en el futuro. Sin embargo, los críticos de los daños punitivos consideran que estos impiden la libre empresa, generan gastos adicionales por control de calidad que luego se transmiten al consumidor, y limitan el desarrollo de nuevos productos.

Investigue sobre los daños punitivos.
¿Usted está de acuerdo o no con los daños punitivos como forma de protección de los consumidores?

En las sociedades de consumo existe la tendencia a formar ciudadanos pasivos, facilistas, adictivos, impacientes y conformistas con su medio. La educación del consumidor debe estar dirigida a combatir esta tendencia.

Derechos de asociación y participación

Para que se puedan cumplir los derechos de los consumidores es preciso que estos tengan derecho a asociarse para defender sus intereses, así como la oportunidad de participar en las instancias jurídicas y políticas encargadas de vigilar los mercados. Existen muchas fuerzas políticas y sociales que se oponen al reconocimiento de los derechos de los consumidores, algunas por razones ideológicas, otras porque los derechos resultan contrarios a sus intereses. La lucha por los derechos de los consumidores es una labor incesante.

La lista de derechos de los consumidores que hemos venido examinando no es exhaustiva. Existen otros derechos mencionados por la legislación que conviene citar: el derecho a la calidad de los productos y servicios y el derecho a la reclamación oportuna ante problemas de calidad. Si no se los examina en este capítulo es porque

Actividad 12

Para reflexionar

¿La promoción de las tradiciones artesanales y artísticas es una forma de educar a los consumidores o es solo una forma de apoyar a los pequeños empresarios? Explique y considere quién debe estar encargado de esta tarea.

su contenido se desprende naturalmente de los derechos ya mencionados. Por otro lado, nada impide que en el futuro sea necesario consagrar nuevos derechos de los consumidores, según lo indiquen las necesidades de los participantes en el mercado.

Retos para el futuro

El reconocimiento de los derechos de los consumidores y la organización de importantes mecanismos de protección constituye un gran triunfo de la democracia. Los consumidores son ahora ciudadanos en los mercados, pueden reclamar y, si no son oídos, pueden acudir ante las autoridades para defender sus derechos. Sin embargo, cada día trae nuevos retos para los ciudadanos que viven en la era del capitalismo tardío. Mencionemos algunos de los retos que todavía enfrenta la ciudadanía en nuestro país.

Los mercados informales

Los mercados latinoamericanos se han caracterizado por tolerar altos índices de informalidad. Mientras que en los mercados formales se pagan impuestos, se ofrecen garantías de calidad e idoneidad y se protege a los consumidores, en los informales se distribuyen productos robados o piratas, adulteraciones e imitaciones de mala calidad, bienes de contrabando, copias burdas e improvisadas de productos nocivos para la salud. En los mercados informales, el consumidor, por el incentivo de los bajos precios, renuncia, sin saberlo, a toda reclamación de justicia.

El dilema de la prohibición o regulación de productos nocivos

Es un hecho que hay productos altamente peligrosos para la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos. Para nadie es un secreto que estos deben prohibirse

Recuadro 5

Protección de los derechos de los consumidores en la legislación colombiana

Los derechos de los consumidores están protegidos por el sistema jurídico colombiano. La Constitución Política explícitamente señala que “la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad así como la información que debe prestarse al público en su comercialización” (art. 78). En desarrollo de estos postulados se ha expedido la Ley 1480 de 2011 que contiene el Estatuto del Consumidor. En esta norma se consagran los derechos de los consumidores y los deberes de productores, distribuidores y expendedores en el mercado, y se organizan los mecanismos de protección de tales derechos. La protección del consumidor puede analizarse en tres grandes etapas: preliminar, contractual y poscontractual.

Protección preliminar. En la etapa previa a la compra de un producto o servicio, el consumidor prudente explora el mercado en busca de información que le permita tomar una decisión adecuada de gastos. El expendedor de un producto está obligado a brindar información sobre la calidad, idoneidad y seguridad, que sea relevante para la decisión del consumidor. Esta información debe ser completa, oportuna, veraz y suficiente. Adicionalmente, lo afirmado sobre un producto a través de la publicidad debe ser cierto, y está prohibida la publicidad engañosa, es decir, la que induzca a error en los consumidores. Esta puede acarrear multas drásticas por parte de las agencias estatales. Finalmente, cuando un producto pueda resultar nocivo para la salud, hay que advertirlo al público.

Protección contractual. Cuando el consumidor se dispone a celebrar el contrato de compra de un producto o servicio se encuentra con que su contenido ya ha sido preestablecido y no tiene más remedio que adherirse a él o quedarse por fuera del sistema. Esta situación ha generado prácticas indeseables en los servicios públicos, la banca, los seguros, los servicios de televisión por suscripción y la telefonía celular. La práctica más común es la inclusión de *cláusulas*

abusivas que: implican la renuncia del consumidor a sus derechos, impiden su ejercicio o lo condicionan de alguna forma, lo vinculan en forma indefinida al contrato o hacen muy difícil darlo por terminado, niegan la posibilidad de reclamar por la mala calidad de los productos y servicios y, finalmente, limitan los deberes y las responsabilidades del productor.

La ley dispone que las cláusulas abusivas que se consagren en todo contrato de consumo sean ineficaces de pleno derecho. Las conocidas *cláusulas de permanencia mínima* no son consideradas abusivas cuando la empresa que presta el servicio ofrece ventajas sustanciales al consumidor (rebajas, fraccionamiento de pagos, subsidio de gastos). La permanencia no puede ser superior a un año y, en cualquier caso, el consumidor puede terminar anticipadamente el contrato cancelando el valor de las ventajas que había recibido. Además, el productor y el expendedor tienen el deber general de entregar productos idóneos, seguros y de buena calidad. En todo contrato de consumo se entiende pactada una *garantía legal* a cargo del productor o expendedor: en caso de que presenten defectos de calidad o funcionamiento, la ley los obliga a reparar de forma gratuita el bien y, si no es reparable, a reponerlo o devolver el dinero.

Protección poscontractual. El nuevo Estatuto del Consumidor ha creado un *régimen sobre retractos y devoluciones en ventas no tradicionales o a distancia*. De acuerdo con la nueva legislación, en todo contrato de consumo que se haya celebrado mediante métodos de ventas no tradicionales o a distancia, así como en los contratos con financiación de la compra, se entiende pactado el *derecho de retracto* a favor del consumidor en los cinco días siguientes a la compra. Este derecho consiste en la potestad que tiene el consumidor para poner fin al contrato recientemente celebrado. En caso de que se ejercite esta potestad, el consumidor deberá restituir el producto adquirido en las mismas condiciones en que

lo recibió y el expendedor debe devolver el precio sin descuento alguno. El consumidor también deberá asumir los costos del transporte. Se exceptúan los contratos sobre productos perecederos (frutas, hortalizas) o que no puedan devolverse, productos personalizados según los gustos del cliente (decoraciones especiales para un auto), productos de uso personal (ropa interior), apuestas y loterías.

Acciones de protección. Los derechos del consumidor se defienden ante un juez a través de la *acción de protección del consumidor*. Antes de interponer esta acción, el consumidor debe haber interpuesto una *reclamación* ante el productor o el expendedor. Si la reclamación se debe a una violación de los deberes precontractuales (falta de información, publicidad engañosa), esta debe contener una exposición de las razones de la inconformidad, así como las pruebas del caso (el volante o la propaganda insuficiente o engañosa). Si la reclamación se debe a violación de deberes contractuales (incumplimiento de la garantía, cláusulas abusivas), el consumidor debe identificar claramente cuál es el defecto del producto o la cláusula contractual que considera injusta. El productor o proveedor tienen un plazo de 15 días hábiles para contestar, contados a partir del día siguiente de la recepción de la reclamación. Si el destinatario de la reclamación se niega a recibirla o no entrega constancia del recibo, el consumidor realizará declaración juramentada de lo sucedido al ejercer su acción de protección. Si la reclamación es contestada en forma negativa o la garantía no es atendida satisfactoriamente, el consumidor podrá iniciar su acción judicial de protección.

Actividad 13

Para investigar

Diseñe una campaña informativa sobre los derechos de los consumidores en Colombia, para un público joven.

Recuadro 6
Artículos robados

Quizás el problema más grave de los mercados informales está en la circulación de productos robados. La demanda de repuestos o de artículos de alta tecnología a bajo costo ha creado en nuestro país empresas criminales dedicadas a surtir este tipo de productos por toda Latinoamérica. En promedio, cada año en nuestro país se roban cerca de veinte mil celulares. Cerca de la mitad de esta cifra corresponde a hurtos violentos. El hurto de celulares es el delito más común en nuestro país, por encima del homicidio y el secuestro. Muchas de estas conductas son motivadas por los mismos consumidores. Por ejemplo, cuando un taxista sufre el hurto de un espejo o de un radio, lo repone comprando uno robado. La demanda de repuestos robados se surte con un nuevo robo a otro taxista. De esta forma, las víctimas terminan siendo los principales cómplices de estos delitos.

totalmente o, al menos, estar sometidos a serios controles por parte de las autoridades. Nadie duda de que los insumos empleados en la fabricación de explosivos deban estar sometidos a severos controles; sin embargo, existen productos en el mercado cuyo estatus es discutido por las más diversas razones. Las armas de fuego, las drogas adictivas, el tabaco y el alcohol, son ejemplos típicos de productos de “estatus discutible”. Para muchas personas, las armas de fuego no deberían hacer parte del mercado y su posesión debería estar únicamente en manos de las Fuerzas Armadas y de Policía; para otras, ellas hacen parte del derecho a la autodefensa reconocido expresamente por la ley y su mercado no puede ni debe desaparecer.

Actividad 14
Para investigar

Diseñe una campaña educativa contra la circulación de artículos robados y/o artículos piratas presentes en la comunidad que elijan.

El caso de productos como el tabaco, la marihuana, la cocaína o la heroína es suficientemente conocido. Pese a que muchos de estos productos son claramente perjudiciales para la salud, la decisión de prohibirlos parece no haber traído consigo los resultados deseados. En lugar de reducir su consumo, han surgido mercados negros organizados por poderosas estructuras mafiosas que, como se sabe, han llegado a amenazar gravemente el orden institucional de los países latinoamericanos. El reto para los movimientos de protección al consumidor de nuestro tiempo es encontrar nuevas alternativas de regulación de estos mercados, ante el evidente fracaso de las políticas prohibicionistas. Las alternativas tendrán que hacer compatible la protección de la vida, la salud y la seguridad de los consumidores con un mínimo de libertad que es preciso reconocer a todos los ciudadanos.

Actividad 15
Para reflexionar

¿Considera que la eventual legalización de sustancias como la marihuana, la cocaína y otras drogas, ahora ilícitas, vulneraría o protegería los derechos de los consumidores?, ¿sucede lo mismo con el tabaco y el alcohol o no? Explique, dando cuenta de los derechos de los consumidores.

La calidad en el ámbito de la cultura

Hay un área del derecho del consumo que permanece en un estado de relativo descuido por parte de las autoridades nacionales. Se trata de los productos culturales que aparecen en los medios masivos de comunicación (telenovelas, series, programas de radio, películas de cine). En esta área los progresos en la protección de los consumidores han sido más lentos. En el caso de los productos culturales, el problema reside en la relativa indeterminación de lo que se entiende por calidad. Por ejemplo, la determinación de la calidad en la programación de televisión está basada casi exclusivamente en encuestas. El uso desmedido de los *ratings* como criterio de valoración ha conducido a una homogenización mediocre de la programación. Las opciones son cada vez más reducidas: informativos, telenovelas y concursos en vivo. Como

consecuencia de esta política, los programas educativos, científicos, históricos y culturales han sido expulsados a los espacios marginales de los canales públicos. El documental, la crónica, el diálogo y la entrevista son géneros poco utilizados por los canales privados. Los guionistas y directores se han refugiado en la telenovela costumbrista, salpicada de comedia. En la programación de radio, el imperio de las mediciones del *rating* ha dirigido la oferta cultural casi exclusivamente a la producción de música popular contemporánea (hip-hop, reguetón, tropipop), en detrimento de nuevas o mejores alternativas.

El reto de los consumidores culturales del futuro está en abrir espacios que garanticen una mayor variedad en los productos de los medios masivos de comunicación. Para enfrentar esta situación es preciso que las autoridades fomenten una mayor competencia entre productores, por ejemplo, a través de nuevos canales de televisión. También es importante que exijan porcentajes mínimos de participación en ofertas culturales alternativas.

Al mismo tiempo, nuestro país requiere con urgencia que los medios de comunicación abran espacios para la crítica cultural. La tarea del crítico en un país como el nuestro es fundamentalmente educativa. El crítico de cine, televisión y radio, e incluso el de arte, debe tener la posibilidad de abrirle al consumidor habitual nuevos horizontes y perspectivas en el arte de masas, pero también debe juzgar con severidad la oferta cultural que reproduzca los vicios de nuestra sociedad o que fomente los viejos prejuicios (como en las series donde los capos del narcotráfico son tratados como héroes de acción o las mujeres son condenadas al rol pasivo de amas de casa). Sin una crítica cultural fuerte, el consumidor estará desprotegido ante la cada vez más invasiva tiranía de los medios de comunicación.

El consumo y la satisfacción de las necesidades

El reto permanente de los movimientos para la protección de los consumidores a nivel mundial está en la restauración de la diferencia entre necesidades y gustos. La educación de los ciudadanos en los mercados debe estar orientada hacia la satisfacción de las necesidades y la realización de las capacidades humanas. En el largo plazo, los habitantes de la Tierra sobrepoblada deberán aprender a controlar sus gustos y a incrementar su autosuficiencia. Los recursos de nuestro planeta son limitados y

muchos de ellos no son renovables. Si los seres humanos no somos capaces de generar un importante cambio en nuestra cultura y resistencias al consumismo, terminaremos por agotar las enormes pero limitadas riquezas del mundo.

Cuando nos concentramos en las necesidades y no en los gustos, resulta relativamente sencillo recuperar la visión de la justicia que hay en las sociedades de consumo modernas. Mientras que unos cuantos países ricos sufren los problemas de la sobreabundancia (sobrepeso, enfermedades cardíacas y pulmonares, adicciones sin fin, acumulación sin sentido de bienes), la mayoría de países pobres enfrentan agudos problemas de escasez (desnutrición, mortalidad infantil, pobreza absoluta). La lucha por los derechos de los consumidores está estrechamente conectada con el problema de la justicia social. El reto del movimiento contemporáneo por los derechos de los consumidores, lejos de llegar a su fin, apenas comienza.

Actividad 16

Para discutir

¿Cree que el Estado debe imponer límites al contenido de la programación de los canales nacionales?, ¿cuáles y por qué? Justifique a partir de los derechos de los consumidores. Por ejemplo: ¿considera que novelas como “El capo”, “Pablo Escobar: el patrón del mal” y “Los tres caínes” causan perjuicios a los televidentes? Incluya estos ejemplos en su respuesta, desarrollando así el punto anterior.

Glosario

Cláusulas abusivas. Aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción que se analiza.

Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial, cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Deberes del consumidor. Informarse respecto a la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor, obrar de buena fe frente a los productores, proveedores y autoridades públicas y cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos.

Derechos del consumidor. Aquellos que dan derecho a recibir productos de calidad, que no ocasionen daño en condiciones normales de uso; a brindar y recibir información de los productos y de los riesgos que puedan resultar de su consumo o utilización; a reclamar ante las autoridades por daños y perjuicios ocasionados por los mismos; y a recibir protección contra la publicidad engañosa.

Producto. Todo bien o servicio.

Publicidad engañosa. Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

Material de apoyo

Videos y documentales

- “Axe Dark Tentation” y “Axe Effec”. Comerciales. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=gEpTicDVUE> y <https://www.youtube.com/watch?v=I9tWZB7OUSU>
- *Comprar, tirar, comprar* (Cosima Dannoritze, España, 2010). Explica por qué los productos que compramos duran cada vez menos y detalla la programación de la obsolescencia de los objetos para incrementar el consumo. ¿Existen bombillas eternas? ¿Cómo se puede usar un chip para “matar” un producto cuando llegue a un determinado número de usos? Estas y otras muchas preguntas encuentran respuesta en este reportaje, en cuya realización participa RTVE y otras programadoras europeas. El documental, en inglés, ha sido rodado en Cataluña, Francia, Alemania, EE.UU. y Ghana, un país africano que se ha convertido en el vertedero de la basura electrónica de Occidente.
- “Freegans por las calles de Nueva York” (Luis Mayolo, *Revista Shock*, noviembre de 2009). Una raza de activistas sociales se juega el todo por el todo contra la devastación planetaria a causa del sobreconsumo. Asaltando los desechos en medio de una coreográfica estampida militar, la Guerrilla Verde encuentra en la basura de los demás una forma radical de darle sentido a su existencia. En línea: <http://www.shock.com.co/videos/video-freegans-calles-de-nueva-york> <http://freegan.info/>
- “Superengórdame” - *Super Size Me* (Morgan Spurlock, Estados Unidos, 2004). Documental sobre la evolución corporal de Spurlock durante 30 días, en los cuales subsiste exclusivamente con la alimentación y la compra de artículos de McDonald’s.
- *Thank you for smoking - Gracias por fumar* (Jason Reitman, Estados Unidos, 2005). El protagonista, principal portavoz de la industria cigarrera, usa ingeniosos trucos lógicos y lingüísticos para convencer al público y al gobierno de que los cigarrillos son inofensivos y en ocasiones hasta benéficos.

Referencias bibliográficas

Baudrillard, Jean. *La sociedad de consumo*. Madrid: Siglo XXI, 2009.

Bauman, Zygmunt. *Vida de consumo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

Bevans, Neal. *Consumer Law and Protection: A Practical Approach for Paralegals and the Public*. Carolina Academic Press, 2011.

Carroll, Noël. *Una filosofía del arte de masas*. Madrid: Antonio Machado, 2003.

Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Buenos Aires: La Marca, 1967.

Horckheimer, Max. *Dialéctica de la ilustración*. Madrid: Trotta, 2001.

Marcuse, Herbert. *La sociedad carnívora*. Buenos Aires: Godot, 2011.

Marsh, Gene. *Consumer Protection Law in a Nutshell*. West, 1999.

Singer, Peter. *Liberación Animal*. Madrid: Taurus, 2011.

Spanogle, John. *Consumer Law*. Thomson West, 2007.

Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Veblen, Thorstein. *Teoría de la clase ociosa*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1963.

VV.AA. *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor*. Bogotá: Legis, 2012.

Derecho Internacional Humanitario: logros y retos

Paula Guerrero Salazar

“El hombre tiene que establecer un final para la guerra.
Si no, esta establecerá un fin para la humanidad.”
John F. Kennedy (1917-1963)

Derecho Internacional Humanitario (DIH)
derecho internacional
población civil
crimen de guerra



Objetivos de aprendizaje

- Distinguir el Derecho Internacional Humanitario (DIH) de las otras ramas del derecho internacional.
- Conocer las principales características del DIH: tipos de conflictos armados, a quién protege y principios rectores.
- Reflexionar sobre la importancia del respeto del DIH en los conflictos armados.
- Comprender los efectos del DIH en Colombia a partir de la Constitución de 1991.
- Ampliar las alternativas de acción para disminuir la impunidad.
- Promover la reflexión sobre la irracionalidad de la guerra.



Guía de estudio

¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario (DIH)? Es el derecho que deben seguir los Estados en medio de la guerra para proteger a los no combatientes y limitar el tipo de armas que es legítimo utilizar. Este capítulo describe el DIH, su campo de aplicación y sus principales normas, principios y prohibiciones. Además lo distingue de otras áreas del derecho internacional e introduce a otros crímenes internacionales que, a pesar de no ser parte del DIH, han tendido a relacionarse con el mismo. Por último, aterriza el tema en el derecho doméstico, a partir de su inclusión en el bloque de constitucionalidad y en la ley penal colombiana.

Introducción

Con un poco de ironía, este capítulo debe comenzar afirmando que la guerra está prohibida. La Carta de las Naciones Unidas (art. 2), firmada en San Francisco, California (EE. UU.), el 26 de junio de 1945, prohíbe el derecho a la guerra (*jus ad bellum*). Esta decisión fue tomada por líderes de 51 países, a los que se sumaron otros 142, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con el propósito de evitar que los ciudadanos del mundo fueran víctimas de tragedias como la del Holocausto judío.

A pesar de ello, día a día periódicos de todo el mundo nos bombardean con desafortunadas noticias de miles de víctimas que las guerras dejan a su paso. El planeta vive en permanente situación de conflicto entre grupos de personas que se enfrentan por diferentes intereses, ya sean políticos, económicos, sociales, religiosos, raciales o étnicos. Por ejemplo, desde mediados de los años noventa, el continente africano –Ruanda, Congo, Uganda, Costa de Marfil o Sudan, por nombrar algunos países– ha sido escenario de devastadores conflictos armados que han dejado millones de víctimas y un sinnúmero de desplazados.

Están también los conflictos de orden social y político que desde 2010 se han sucedido en el Medio Oriente bajo la denominación de Primavera Árabe, que brotó en Túnez en diciembre de ese año, cuando un joven, en protesta porque la policía le confiscó una carreta de ventas callejeras, se inmoló prendiéndose fuego. El acto suscitó una oleada de levantamientos en ese lado del mundo¹.



Jaime Pérez Munévar.

¹ BBC, "Diez hitos de la Primavera Árabe". BBC, Mundo, 17-12-2010. En línea: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/12/121217_aniversario_primavera_arabe.shtml

Esta onda de revoluciones armadas fue especialmente grave en países como Siria, donde devino en guerra civil; en Yemen, donde dejó más de 2.000 personas muertas y más de 22.000 heridas²; y en Libia, con alrededor de 50.000 víctimas mortales³. De igual forma, el largo conflicto palestino-israelí ha obligado a la comunidad internacional a poner los ojos en la Franja de Gaza, donde a menudo se presentan enfrentamientos armados.

Pero no es necesario ir tan lejos para ver los horrores de la guerra. En Colombia el conflicto armado interno ha dejado unos 5,2 millones de desplazados⁴, siendo la población civil la más afectada, en particular las comunidades indígenas y afrodescendientes.

En resumen, según distintas fuentes, en los últimos 48 años han ocurrido 240 conflictos internos y 22 enfrentamientos entre países en todo el mundo⁵. Es así como puede afirmarse que la prohibición de la guerra en la Carta de las Naciones Unidas ha sido poco efectiva, pues, a pesar de existir, la humanidad sigue viviendo sus horrores.

Orígenes y concepto

La guerra, según Richard Holmes, es una experiencia universal que comparten todos los países y todas las culturas⁶. A través de la historia diferentes pueblos y religiones han adoptado principios y valores que pretenden guiar el comportamiento de los guerreros, con el fin de menguar los efectos que los conflictos causan en aquellos que no toman parte en las hostilidades. También para reorientar a quienes han abandonado esas pautas debido a enfermedad o detención. Parece que en muchas civilizaciones antiguas existieron principios básicos

2 “El Gobierno de Yemen cifra en más de 2.000 los muertos en las revueltas”. *Diario Público*, 18-3-2012, España. En línea: <http://www.publico.es/internacional/426364el-gobierno-de-yemen-cifra-en-mas-de-2-000-los-muertos-en-las-revueltas>

3 “Los rebeldes reportan 50.000 muertos durante el conflicto libio”. *El Mundo*, 31-8-2011, Venezuela. En línea: <http://www.elmundo.com.ve/Noticias/Economia/Internacional/Los-rebeldes-reportan-50-000-muertos-durante-el-co.aspx>

4 “Colombia sigue como número uno mundial en desplazados”. *El Espectador*, 16-2-2011. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-251341-colombia-sigue-numero-uno-mundial-desplazados>

5 “Mapa de los Conflictos en el Mundo. Guerras y Conflictos Sociales”. *InspirAction*. En línea: <http://www.inspiration.org/justicia-economica/mapa-conflictos-mundo>

6 Richard Holmes, “La experiencia de la guerra, capítulo 13 de Soldados”. BBC, 1985, Londres.

Recuadro 1
Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja

El CICR, fundado en 1863, trabaja en todo el mundo para prestar ayuda humanitaria a las personas afectadas por los conflictos y la violencia armada, y para promover las leyes que protegen a las víctimas de la guerra. Es una institución independiente y neutral y su cometido dimana esencialmente de los Convenios de Ginebra de 1949.

Por iniciativa del CICR, los Estados aprobaron, en 1864, el primer Convenio de Ginebra. Desde entonces, no ha cesado de instar a los Gobiernos a que adapten el Derecho Internacional Humanitario a las nuevas circunstancias, particularmente al desarrollo moderno de los medios y métodos de combate, con el fin de prestar protección y asistencia eficaz a las víctimas de los conflictos.

* CICR, “El cometido y la misión del CICR”. Comedido y Misión, 29-10-2010. En línea: <http://www.icrc.org/spa/who-we-are/mandate/overview-icrc-mandate-mission.htm>

humanitarios aplicables a la guerra. Por ejemplo, en el siglo VII, Abu Bakr, el primer califa después de la muerte de Mahoma, formuló un conjunto detallado de reglas de conducta islámica aplicables en esos tiempos:

Detente, oh pueblo, para que yo pueda darte diez reglas para tu orientación en el campo de batalla. No cometas traición ni te desvíes del camino correcto. No debéis mutilar a los cadáveres. Ni matar a un niño, ni a una mujer ni a un hombre de mediana edad. No hagáis ningún daño a los árboles, ni los queméis con fuego, especialmente aquellos que son fructíferos. No matéis a cualquier rebaño del enemigo, a excepción de los que os sirvan de alimento. Es probable que os crucéis personas que han dedicado sus vidas a los servicios monásticos; dejadlos solos⁷.

También se sabe que en la antigua India se hacía distinción entre combatientes y no combatientes, y se reconocían las categorías de personas protegidas y fuera de

7 Youssef H. Aboul-Enein y Sherifa Zuhur, *Islamic Rulings on Warfare* (Strategic Studies Institute, 2004), 22. En línea: <http://www.fas.org/man/eprint/islamic.pdf>

Recuadro 2

Las privaciones de la guerra

Imagínese un día normal, en el que a pesar de las tensiones diplomáticas entre los gobiernos de su país y un país vecino, usted puede seguir llevando a cabo su vida habitual: ir a la universidad, almorzar con sus amigos, hacer planes para el próximo viernes, como ver una película con su novio o novia, salir de paseo con sus padres, en fin, lo que suele hacer en su vida cotidiana. Pero resulta que un día la tensión diplomática aumenta hasta que ambos países rompen relaciones y se declaran la guerra. Esa noche los noticieros anuncian que se decretó toque de queda y se alerta a la ciudadanía: absolutamente nadie puede salir de sus casas desde las 6 de la tarde hasta que vuelva a salir el sol. En su casa todos están alarmados, pero confían en que se trata de una medida de precaución; no le prestan mucha atención al asunto y se retiran a descansar como todos los días. Alrededor de las 11 de la noche se sobresalta con un sonido ensordecedor y queda de pie al lado de su cama. Su papá llega corriendo y le ordena que se aleje de la ventana y apague la luz. Se oyen estruendos y sirenas en la calle. Escucha mujeres gritando y niños llorando. No entiende qué está sucediendo. La situación se prolonga durante toda la noche. Al amanecer se percató de que los ruidos han mermado y no se ven personas en las calles, solo soldados y perros entrenados. Desde la ventana de su habitación, en el octavo piso de un edificio en las montañas, puede observar la ciudad devastada.

Su papá prende el televisor y aparece una presentadora anunciando una alocución presidencial. Segundos después, en la pantalla, el presidente llama a la solidaridad de todos los colombianos y pide a los hombres que tengan entre 18 y 50 años que se unan al Ejército Nacional para luchar por la soberanía de la patria. Usted está desconcertado, no entiende cómo de un momento a otro todo se puso tan mal. Mira a su mamá, que llora desconsolada, pues a pesar de que su padre y usted no son llamados a las filas –por tener 56 y 17 años–, su hermano mayor de 25 años deberá presentarse en el curso de las próximas 24 horas para ponerse al servicio de las Fuerzas Armadas.

Corre a su cuarto a buscar su celular para llamar a sus amigos, pero el móvil está fuera de servicio. Prende su computador y se da cuenta de que el uso de Internet está restringido, pues la red está al servicio de la defensa del Estado. No sabe qué hacer. No entiende cómo la situación política dio un giro así, si solo eran apenas diferencias entre dos Estados. Llega la noche. Ya no hay cine, ya no hay universidad, ya no hay nada. Todo es diferente. Ahora lo que importa es sobrevivir. Vuelven las sirenas, los estallidos, los llantos. Pasa una semana y todo va empeorando. Comienza a escasear la comida, suspenden las transmisiones por televisión. Su hermano ya se enroló y su madre está destrozada. La vecina se quedó sola con su bebé de seis meses, porque el padre fue reclutado por el Ejército. Han pasado tres semanas sin que usted haya vuelto a la universidad. Por las noticias se enteró de que el campus fue adaptado para servir de refugio de 3.700 familias que, debido a los atentados, quedaron sin hogar. Su familia se ve obligada a abandonar su casa, ubicada a pocas cuadras de la Escuela del Ejército, declarada objetivo militar, y la única forma de ponerse a salvo es alejándose de la zona.

El relato anterior ejemplifica algunas de las pérdidas más significativas causadas por conflictos armados a las personas civiles como usted y como yo. Se pierde la libertad de circulación, pues es limitada por el Estado o simplemente se torna imposible, por los peligros que acarrea salir a la calle en medio de refriegas. Se torna imposible proseguir con rutinas cotidianas, como ir a la universidad o a un centro comercial. Se postergan o cancelan los planes habituales, porque en una situación como la descrita lo único que importará será estar a salvo junto con nuestra familia. La guerra puede significar que hoy tengamos un hogar y mañana lo perdamos. Es una situación extraordinaria que nos obliga a abandonar todo lo que somos y tenemos para imponernos un solo objetivo: sobrevivir. Eso es la guerra.

Actividad 1

Para reflexionar

Después de leer el caso, responda:

¿Qué derechos le estarían vulnerando?,

¿A qué mecanismos de protección legal podría acudir?

combate⁸. En la antigua China había normas específicas sobre los métodos de guerra que podían ejecutarse en batalla⁹, y en la Edad Media europea el Código de Caballería establecía normas de conducta para los caballeros y soldados, incluyendo el respeto al clero y a los templos, así como el trato justo a los prisioneros de guerra¹⁰.

Con el paso del tiempo y la consolidación de los Estados unitarios, todos estos principios, en su mayoría no escritos, basados en prácticas derivadas de imperativos morales, religiosos, políticos y militares, se impusieron como costumbres de la guerra, normas consuetudinarias de carácter nacional¹¹, reconocidas y aplicadas por mucho tiempo en los escenarios bélicos. Finalmente, en el año 1864, con la conformación del Comité Internacional de la Cruz Roja, todas estas normas comenzaron a ser codificadas y unificadas, lo cual dio origen al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?

El DIH ha sido definido por el Comité de la Cruz Roja como un conjunto de normas que tratan de mitigar los efectos de los conflictos armados y buscan proteger a las personas que no participan en los combates o que dejaron de hacerlo, además de limitar los medios y métodos de la guerra¹². El DIH hace parte del derecho internacional, cuyas normas rigen las relaciones entre los Estados, aunque también deben ser aplicadas y respetadas por estos dentro de sus territorios nacionales y en relación con sus ciudadanos. El DIH protege y obliga a todas las partes del conflicto armado. Es decir, para su aplicación es irrelevante si la contienda es justa o injusta, según el bando que la libre, ni si sus combatientes son rebeldes o soldados, pues, sin importar su calidad, son sujetos de

8 Lakshmikanth Rao Penna, "Written and customary provisions relating to the conduct of hostilities and treatment of victims of armed conflicts in ancient India" (1989), citado en Eve La Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2008), 33.

9 La Haye, *War Crimes*, 33.

10 Theodor Meron, *Henry's wars and Shakespeare's laws: perspectives on the law of war in the later Middle Ages* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 7-8.

11 Al ser normas de carácter nacional, implicaba que cada Estado tenía la libertad de tener prácticas de guerra diferentes, sin necesidad de ajustarlas a parámetros supranacionales.

12 CICR, "¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?" Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. En línea: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

Actividad 2

Para reflexionar

En Colombia generó polémica la utilización que hizo el Ejército de emblemas del Comité Internacional de la Cruz Roja durante la Operación Jaque, como se denominó el rescate de la excandidata presidencial Ingrid Betancur, tres contratistas estadounidenses y otras nueve personas secuestradas por las insurgentes Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC). Los militares encubiertos lograron engañar a los guerrilleros y el operativo realizado el 2 de julio de 2008 culminó con éxito.

1. De acuerdo con lo leído en este capítulo, ¿cree que con el uso de los emblemas del CICR el Ejército violó el Derecho Internacional Humanitario?
En tal caso, ¿qué norma violó?
2. Si usted fuera el ministro de Defensa de la época, ¿tomaría la misma decisión? Sustente su posición.

ciertos derechos y obligaciones, como, por ejemplo, la prohibición de tratos inhumanos o tortura y la asistencia médica, en caso de ser requerida.

Resulta muy importante aclarar que el DIH no debe ser confundido con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). A pesar de que estas dos ramas del derecho internacional tienen algunas disposiciones similares, como la prohibición de tratos inhumanos y la tortura, el DIDH se diferencia en que aplica en tiempos de paz y en que algunas de sus disposiciones, aunque no todas, son suspendidas en tiempos de guerra¹³. Por su parte, el DIH es un derecho extraordinario, es decir, únicamente será aplicado cuando exista un conflicto armado, ya sea de orden internacional, no internacional o mixto. De igual forma, a diferencia del DIDH, el DIH no podrá ser suspendido ni limitada su aplicación por ninguna de las partes cuando deba ser aplicado, esto es, cuando se presente un conflicto armado. Finalmente, se puede decir que el DIDH protege a todos los seres humanos sin discriminación

13 Hay disposiciones del DIDH que pueden ser suspendidas debido a la aplicación del DIH, como, por ejemplo, el derecho a la vida o a la integridad personal, pues, como veremos, esa rama del derecho no considera un crimen de guerra matar a un combatiente del bando opuesto o propinarle una herida que lo saque del combate.

alguna, mientras que el DIH tiene como objetivo proteger únicamente a los sujetos que no sean parte de las hostilidades, por ser civiles o por estar heridos o enfermos¹⁴.

¿Cuándo se aplica el DIH?

Como ya se afirmó, el DIH solo se aplica en situaciones excepcionales cuando existe un conflicto armado. Pero, ¿cómo se establece que existe un conflicto armado? Para dar respuesta a este interrogante debe hacerse la siguiente distinción: las normas del DIH diferencian entre conflictos armados internacionales –cuando se enfrentan dos o más Estados– y conflictos armados no internacionales –cuando se enfrentan las fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales o entre estos últimos únicamente–. Es así como un conflicto armado internacional se presenta cuando dos o más Altas Partes Contratantes –o sea, que son parte de los Convenios de Ginebra– se enfrentan armadamente, sin importar las razones o la intensidad de la contienda. En este caso, para que aplique el DIH no se requiere que las partes reconozcan la existencia del conflicto armado (Convenios de Ginebra de 1949, art. común 2). El DIH también abarca bajo este tipo de conflictos aquellos que se surtan en los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera (Protocolo Adicional I, art. 1.4).

En cuanto a los conflictos no internacionales, es más complejo determinar cuándo se dan, porque los dos instrumentos que reglamentan la materia tienen definiciones distintas. Hoy en día los expertos consideran que a partir de lo dicho por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su primera sentencia, el DIH aplicaría para aquellos conflictos armados no internacionales en los cuales las hostilidades alcancen un nivel mínimo de intensidad, es decir, que sean suficientemente graves, y que los grupos no gubernamentales que participan dispongan de fuerzas armadas organizadas¹⁵.

Recuadro 3 Henry Dunant (1828-1910)*

Durante un viaje a Italia en junio 1859 en busca del emperador Napoleón III, Henry Dunant contempló el campo de batalla de Solferino, después del enfrentamiento de los ejércitos austriaco y franco-piamontés que combatían en la guerra de unificación italiana. Horrorizado, Dunant presenció los inadecuados servicios sanitarios militares y el sufrimiento y agonía de los heridos, lo que lo impulsó a brindar ayuda a los heridos en combate, durante varios días. En su libro *Recuerdos de Solferino* (1862), además de narrar los hechos de los que fue testigo, Dunant demostró que la mayor parte del sufrimiento hubiera podido evitarse sin dificultad.

Recuerdos de Solferino fue la chispa que encendió la llamarada de entusiasmo y esfuerzos que conducirían a la fundación de la Cruz Roja. Así se reconoció la neutralidad de los servicios sanitarios, las ambulancias, los médicos y sus asistentes, y la obligación de prestar socorro a los heridos. De igual forma, se acordó que todos los países adoptarían un emblema universal, una cruz roja sobre fondo blanco, que como distintivo figuraría en hospitales militares, ambulancias y ropa del personal sanitario.

* “Jean Henri Dunant”. Biografías y vidas. En línea: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/d/dunant.htm>
Recurso electrónico: “1859. Henry Dunant y la Cruz Roja”. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=WDgS3nVPpkA>

En los últimos años esta clasificación de los conflictos armados ha sido objeto de críticas por considerar que es arbitraria y que frustra el propósito humanitario del derecho de la guerra¹⁶. Lo anterior en razón a que el DIH, como es entendido hoy día, solo es aplicable en conflictos armados que encuadren en esta definición, pese a que actualmente hay muchos otros escenarios donde se requiere su aplicación. Por ejemplo, la polémica Guerra contra el Terrorismo, como se conoce en Occidente la ofensiva desatada por Estados Unidos y sus aliados en

14 Al respecto, se puede consultar el trabajo publicado en el sitio oficial de la CICR, “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Diferencias, y complementariedad”, por Raúl Emilio Vinuesa, 26-6-1998. En línea: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/StdIj8.htm>

15 Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2-10-1-995, párr. 70), 561-568.

16 Rosemary Abi-Saab, “Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern”, en Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead – Essays in Honour of Frits Kalshoven* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991), 209.

Actividad 3
Para investigar

Analice si los siguientes parámetros se han presentado en el caso del conflicto armado colombiano. De ser así, precise en qué época y contra qué grupos armados no gubernamentales.

La jurisprudencia penal internacional* ha establecido ciertos criterios para determinar si el umbral de hostilidades y el nivel de organización del grupo o grupos no gubernamentales enfrentados son suficientes para considerar la existencia de un conflicto armado no internacional en el que, por tanto, se deba aplicar el DIH. En cuanto al grado suficiente de organización del grupo armado, los criterios son:

- 1. Existencia de estructura de comando.
- 2. Capacidad para llevar a cabo operaciones militares organizadas.
- 3. Nivel de logística: capacidad de reclutar o emisión de uniformes.
- 4. Nivel de control disciplinario o subordinación.
- 5. Capacidad de vocería, existencia de representantes que hablen en nombre del grupo.

Para determinar si se cumple con el umbral de hostilidad que exige el DIH, los criterios son:

- 1. Gravedad de los ataques e incremento en la cantidad o la dispersión de los mismos en el territorio.
- 2. Incremento en el tamaño de las fuerzas gubernamentales y la distribución de armas.
- 3. Atención internacional dispensada al conflicto.
- 4. Número de víctimas.
- 5. Tipo de armas usadas.
- 6. Cantidad de tropas desplegadas.
- 7. Existencia de ceses al fuego y acuerdos de paz.

* Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Boškoski & Tarčulovski* (Judgement, Case núm. IT-04-82-T, T.Ch.I, 2008, párrs. 194, 177 y 206.

respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2011, a las Torres Gemelas, en Nueva York, y al Pentágono, en Virginia, atribuido a la red yihadista Al-Qaeda, con un saldo de unos 3.000 muertos y 6.000 mil heridos. Este acontecimiento, así como los ocurridos con posterioridad, confirman el surgimiento de un nuevo fenómeno que se caracteriza por la capacidad de redes transnacionales para infligir violencia a blancos en Estados geográficamente distantes¹⁷. En retaliación, los Estados Unidos no solo han invadido a Iraq y a Afganistán, sino que ha realizado numerosas operaciones llamadas especiales, con espías e incluso con naves pilotadas por robots que son capaces

de encontrar y asesinar gente. Sin embargo, el DIH solo se aplica a las invasiones y no a las operaciones especiales, ni a actos de terrorismo como los que ejecuta Al-Qaeda.

Algunos son de la opinión de que el DIH también debe ser aplicable en ese tipo de conflictos. Así pues, es necesario adaptar el derecho de la guerra, a fin de que se convierta en la principal herramienta jurídica para tratar los actos de terrorismo internacional¹⁸.

17 CICR, "El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos", XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, septiembre de 2003, 20. En línea: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/intconfihl_main_report_final_spanish_2.pdf

18 Como se ha afirmado públicamente en varias ocasiones, el CICR cree que el Derecho Internacional Humanitario es aplicable cuando la "lucha contra el terrorismo" equivale o implica un conflicto armado. Tal fue el caso en Afganistán, situación regida claramente por las reglas del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales. Al respecto, puede consultarse, de Imogen Foulkes, "Los actos que acompañan las palabras". *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*, 2012. En línea: http://www.redcross.int/ES/mag/magazine2012_1/4-9_extra.html

Principios y reglas del DIH

¿Qué papel desempeñaría el DIH, si fuera cierto que “en la guerra y en el amor todo se vale”, como reza el conocido refrán popular? Para empezar, debe hacerse una aclaración triste, pero cierta: aunque en la guerra no todo se vale, muchas cosas que usualmente no serían aceptadas en tiempos de paz suelen ser permitidas o por lo menos no son criminalizadas. Es así que en un conflicto armado se permite asesinar a seres humanos, ya sea porque estén tomando parte en las hostilidades o porque, siendo civiles, mueren incidentalmente en medio de un ataque o combate. En este punto debe hacerse otra aclaración que nos lleva, de nuevo, al asunto de los dos tipos de conflicto armado. En un conflicto armado internacional es legítimo que las partes atenten contra la vida, la libertad y la integridad personal de los miembros del grupo contrario. En otras palabras, se permite que los miembros de las fuerzas armadas de un país maten, tomen rehenes o causen heridas a los miembros de las fuerzas armadas del país o países al que se enfrentan, y viceversa. Así, los soldados y miembros de las fuerzas militares no podrán ser juzgados o condenados por cometer esos actos. Esta prerrogativa ampara a quienes tienen estatus de “combatientes”, por ser militantes en conflictos armados internacionales.

Cosa diferente ocurre cuando se trata de conflictos armados de carácter no internacional. En este escenario, los actos cometidos por miembros de los grupos armados ilegales o rebeldes sí pueden ser investigados, procesados y juzgados cuando atenten contra la vida, la integridad personal, la libertad o cualquier otro bien jurídico de miembros de las fuerzas militares gubernamentales o de otros grupos armados ilegales con los que se enfrenten. Por esta razón, en los conflictos armados no internacionales las personas que participan en las hostilidades no adquieren el estatus de combatientes y, por tanto, sin excepción, deben responder judicialmente por cualquier tipo de acto delictivo que comentan en el transcurso de la contienda armada. La concesión de amnistías o de no ser juzgados por ciertos actos es una decisión que recae única y exclusivamente en el Estado donde tiene o tuvo lugar el conflicto armado.

Teniendo claro lo anterior, podemos entrar en materia. Como se estableció al inicio de este capítulo, las reglas del DIH provienen esencialmente de la costumbre, pero

Actividad 4 Para discutir

Investigue sobre el uso de robots (drones) y otras formas de asesinato selectivo en la guerra contra el terrorismo de Al-Qaeda. ¿Considera que se debe aplicar el DIH? Argumente por qué sí o por qué no.



Wikimedia Commons, the free media repository.

con el tiempo han sido codificadas en diferentes instrumentos internacionales convencionales (tratados y convenciones internacionales). Es así como todas estas normas se incluyen en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, complementados por los dos Protocolos Adicionales de 1977¹⁹.

¹⁹ Aunque estas son las normas más importantes, existen otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes. Son principalmente: la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos; la Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas; la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos; la Convención de 1993 sobre Armas Químicas; el Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonales; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Respecto a los Convenios de Ginebra de 1949, se puede afirmar que se consideran de aplicación universal, dado que los 194 países del mundo los han ratificado. No se puede afirmar lo mismo de los Protocolos Adicionales, ya que, a pesar de los esfuerzos de la Comisión Internacional de la Cruz Roja, estos no han sido ratificados por todos los países.

Recuadro 4
Convenios de Ginebra de 1949
y Protocolos Adicionales de 1977

Entre el 12 de abril y el 12 de agosto de 1949, en Ginebra, Suiza, sesionó la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, la cual adoptó los cuatro Convenios de Ginebra, que entraron en vigor el 21 de octubre de 1950:

- I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Es decir, de guerras en tierra.
- II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

El 8 de junio de 1977 se adoptaron dos protocolos adicionales que entraron en vigor el 1 de diciembre de 1978. Estos son:

- Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Recuadro 5
Artículo 3 común:
Conflictos armados no internacionales

Los cuatro Convenios de Ginebra contienen un artículo 3 común, que amplía la protección general a los conflictos armados no internacionales y establece un mínimo de disposiciones que deben ser aplicadas en estos casos. Este texto establece la aplicación automática de normas humanitarias en conflictos armados internos. Su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o sobre el reconocimiento del mismo por parte del gobierno u otras autoridades del Estado. En virtud de este artículo, quienes hayan depuesto las armas o las personas que se encuentren fuera de combate por enfermedad o heridas deberán ser objeto de trato humanitario, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. En particular, el artículo 3 prohíbe que la población civil sea objeto de “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

* Cruz Roja Americana, “Resumen de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales”, septiembre de 2006. En línea: http://www.cruzrojaamericana.org/pdf/Convenios_de%20_Ginebra.pdf; Jean Pictet, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, CICR, 1-11-1998. En línea: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>



Damián Leonardo Quiroga Díaz

Actividad 5

Para reflexionar

1. ¿Considera que realmente puede llevarse a cabo una guerra sin víctimas civiles?
2. ¿Cuáles normas y bajo qué escenario imagina una guerra en la que no hayan víctimas civiles?

En sus respuestas tenga en cuenta lo expuesto en este capítulo y mencione al menos tres ideas explícitamente planteadas a lo largo del texto.

Estas normas apuntan a garantizar la protección de los civiles, los heridos, los enfermos y los detenidos, al tiempo que limitan los medios de guerra.

Protección de personas

El DIH tiene como objetivo primordial que quienes toman parte de las hostilidades solo se ataquen entre ellos y no afecten a los civiles, esto es, a personas y pueblos que no hagan parte del conflicto. Todas las fuerzas de la guerra deben estar dirigidas a atacar y debilitar al enemigo que constituya objetivo militar²⁰ y nunca a la población civil. De lo anterior se desprenden los tres principios más importantes del DIH: distinción, proporcionalidad y precaución.

El *principio de distinción* obliga a que siempre, al momento de un ataque, se distinga entre población civil y combatientes, pues solo contra estos últimos es legítimo atacar a la luz del derecho de la guerra. Es por esta razón que el DIH prohíbe la utilización de armas que causen efectos indiscriminados, es decir, aquellas con las que no se pueda determinar el objetivo específico, como, por ejemplo, las bombas de racimo. Este principio también prohíbe ataques a pueblos o zonas en las que, además de probables militantes del bando opuesto, haya conglomerado o concentración de población civil a la que incidentalmente se le pudiese causar heridas o muerte, y/o

20 Entiéndanse por objetivo militar aquellos objetivos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezcan en las circunstancias del caso una ventaja militar definida (art. 52 [2], Protocolo Adicional I de 1977).

daños a bienes de carácter civil²¹, excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista²².

El *principio de precaución*, segundo y muy importante del derecho de la guerra, surge de contemplar la posibilidad de que en medio de un ataque o combate resulten víctimas civiles. Con el propósito de evitar causar daños colaterales²³, al planear las operaciones militares, los respectivos comandantes deben adoptar medidas de precaución que permitan conducir el ataque, minimizando al máximo el impacto en la población civil y sus bienes (Protocolo Adicional I, art. 57)²⁴. Así, previamente deben hacer un estudio de la población que podría resultar afectada y, en consecuencia, escoger los medios de guerra que minimicen tal posibilidad. El *principio de proporcionalidad* surge del anterior y establece que, a pesar de la legitimidad del actuar de las fuerzas en conflicto, estas pueden cometer un crimen de guerra en caso de que su ataque sea desproporcionado. Es decir, que exista un desequilibrio entre los fines perseguidos por el ataque y los medios y métodos de guerra utilizados.

Estas normas son vinculantes para todos los Estados del mundo, también para los Estados miembros de la OTAN. El respeto de estas normas es obligatorio, independiente de la legitimación de la acción militar por el Consejo de Seguridad o no.

Protección de heridos, enfermos y náufragos y de detenidos y/o prisioneros de guerra

Como ya se ha expuesto en este capítulo, el Comité Internacional de la Cruz Roja nació a partir de la iniciativa de Henry Dunant, cuyo cometido específico inicial era lograr que se brindara ayuda a los heridos y enfermos en la guerra. Por esta razón muchas disposiciones de los Convenios de Ginebra están dirigidas a proteger a esta población.

21 Los bienes civiles son aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como aquellos dedicados al culto, el ganado, las cosechas, el agua, el medio ambiente, etc.

22 Entiéndase por ventaja militar la contribución que el acto militar genera al grupo armado específico.

23 Entiéndase por daños colaterales aquellas víctimas civiles y daños a bienes de esta población que se da incidentalmente.

24 Alejandro Ramelli Arteaga, *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable a Colombia* (Bogotá: Universidad de los Andes, Agencia de Cooperación Alemana GIZ, 2011), 158.



CWO Keith A. Stevenson. Wikimedia Commons, the free media repository.

Actividad 6

Para investigar

Trace una línea entre el principio del DIH y la definición correspondiente.

Principio de distinción	Determina adoptar las medidas adecuadas y razonables, según el caso concreto, para proteger a la población civil.
Principio de proporcionalidad	Establece que los ataques militares se dirijan contra objetivos militares concretos y no contra la población civil.
Principio de precaución	Impone emplear medios y métodos de guerra permitidos, para no causar daños colaterales excesivos.

Para efecto de los Convenios, se entienden como enfermos y heridos aquellas personas que, siendo militares o civiles, necesitan atención médica durante el conflicto armado y que, por la misma razón, ya no están participando de las hostilidades. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, el principio fundamental es que “todos los heridos, los enfermos y los náufragos, independientemente del bando al que pertenezcan, deben ser respetados y protegidos”²⁵. Es así como se les debe proporcionar atención médica adecuada tan pronto como sea posible, sin

distinguir entre militares y civiles, amigos o enemigos. De igual forma, las partes en conflicto deben tomar todas las medidas a su alcance para buscar y recoger a los heridos, los enfermos y los náufragos, protegerlos de saqueos y maltratos y garantizar que reciban la asistencia necesaria²⁶.

Respecto a los prisioneros de guerra, el tercer Convenio de Ginebra dispone una amplia protección que incluye que en todas las circunstancias deben ser tratados con humanidad. De igual forma están protegidos contra todo acto de violencia, así como contra las intimidaciones, insultos y ofensas. El DIH también define condiciones mínimas de

25 CICR, “Protección de personas y bienes: los enfermos, los heridos y los náufragos”. CICR, 29-100-2010. En línea: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/wounded-sick-shipwrecked/overview-wounded-protected-persons.htm>

26 CICR, “Protección de personas y bienes”.

Actividad 7

Para discutir

INTERVENCIÓN HUMANITARIA DE LA OTAN EN KOSOVO

Lea con atención los siguientes extractos de artículos de prensa sobre la Intervención Humanitaria de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en los Balcanes, desarrollada entre el 24 de marzo y el 10 de junio de 1999, en la que se emplearon unas 1.000 aeronaves operadas desde bases en Italia y el mar Adriático. Teniendo en cuenta lo estudiado en este capítulo, responda: ¿Hubo alguna violación del DIH?, ¿las víctimas civiles de este ataque pueden considerarse incidentales o víctimas colaterales?, ¿por qué?

La OTAN bombardeó un puente repleto de peatones: 11 muertos*

Los aviones de la OTAN destruyeron un puente, colmado de automóviles y peatones, en la localidad de Varvarin, dando muerte a once personas e hiriendo a otras 40, de las cuales cinco están en estado crítico. El bombardeo se produjo después del mediodía. // El ataque contra el puente sobre el río Velika Morava, en Varvarin, ubicada a 160 kilómetros de Belgrado, se produjo cuando la localidad festejaba el Día de la Santísima Trinidad. Había llegado gente de los pueblos vecinos y funcionaba una feria con algunos puestos ubicados junto al puente, relató un vecino. Un primer ataque se produjo a las 12.53 y pocos minutos después otros aviones lanzaron tres misiles que impactaron en el puente, que une Varvarin con Cicevac. La gente comenzó a correr y gritar en el primer bombardeo pero el puente estaba lleno y no pudieron evacuarlo, añadió el testigo. En el segundo ataque, varios automóviles cayeron al agua y mucha gente quedó entre las ruinas del puente y en las dos orillas del río. Unos cincuenta barcos de distintos tamaños comenzaron a buscar sobrevivientes.

Mueren 15 civiles en un ataque a un puente**

[...], la OTAN informó que había atacado el puente, un objetivo militar legítimo, pero que estaba investigando

más en detalle el asunto para poder confirmar si hubo víctimas civiles. La Alianza considera “inevitables” estos “errores” que ocasionan “daños colaterales indeseados” y sostiene que su porcentaje es ínfimo con respecto al enorme número de misiones aéreas cumplidas. Las víctimas del ataque contra el puente de Varvarin podrían representar el tercer caso de daños colaterales importantes ocurrido en la guerra, entre varios errores admitidos por la propia OTAN.

“Alemania en el banquillo”***

En el puente sobre el río Moravia había bastante tráfico de coches, bicicletas y peatones, en sus orillas pescando mucha gente. De repente, exactamente a las 13.25 horas, se acercaba un bombardero en vuelo raso, disparando dos misiles al puente, hundiéndolo parcialmente con un coche, bicicletas y peatones encima. Solo cinco minutos más tarde, cuando el puente, o lo que quedaba de él, estaba lleno de gente que querían salvar a los heridos, volvió el bombardero disparando otros dos misiles más al puente. Este segundo ataque fue peor que el primero, cobrándose siete muertos y doce heridos graves. El balance de esta “intervención humanitaria” fue de diez muertos, 32 heridos, 17 de ellos graves y una población traumatizada.

El entonces portavoz de la OTAN, Jamie Shea, en conferencia de prensa diaria, justificaba el ataque al puente diciendo que era un objetivo militar importante, que formaba parte de una autovía que servía al ejército yugoslavo para el movimiento de material militar pesado así como el transporte de tropas. De que en este ataque había víctimas civiles, Shea comentaba que, en estas acciones, gracias al armamento de alta tecnología que dispone la OTAN, se excluye objetivos no deseados y si alguna vez ocurre, es inevitable, son daños colaterales que no se pueden evitar del todo.

* “La OTAN bombardeó un puente repleto de peatones: 11 muertos”. *El Clarín*, 31-5-1999. En línea: <http://edant.clarin.com/diario/1999/05/31/i-02601d.htm>

** “Errores de la OTAN hasta el momento”. *El Mundo*, s.f., Madrid. En línea: <http://www.elmundo.es/internacional/kosovo/errores.html>
 “Mueren 15 civiles en un ataque a un puente”. *La Nación.com*, 31-5-1999, Buenos Aires. En línea: <http://www.lanacion.com.ar/140447-mueren-15-civiles-en-un-ataque-a-un-puente>

*** Christine Lohbauer, “Alemania en el banquillo”. *Mundo Obrero*, 1-11-2003, España. En línea: <http://www.mundoobrero.es.pl.php?id=10&sec=2>



Andrés Monroy Gómez.

detención que se refieren a alojamiento, alimentación, vestimenta, higiene y atención médica²⁷. Debe aclararse que el estatus de prisionero de guerra, al igual que el de combatiente, solo se da en el contexto de los conflictos armados internacionales, por lo cual el hecho de que estén privados de la libertad no se traduce en un castigo o pena, sino que se debe entender que se hace para que no sigan participando de las hostilidades apoyando al enemigo. Es por esta razón que, una vez se termine el conflicto armado, todos los prisioneros de guerra deben ser liberados. A pesar de lo anterior, el DIH también dispone una protección especial a los detenidos en conflictos armados no internacionales, quienes, a pesar de no tener el estatus de prisioneros de guerra, están protegidos contra el homicidio, la tortura, así como contra los tratos crueles, humillantes y degradantes (art. común 3).

Finalmente debe señalarse que el DIH protege el personal médico, religioso y neutral que brinda ayuda humanitaria de emergencia a los necesitados, identificándolos por sus uniformes y bienes que utilizan marcados con distintivos de la Cruz Roja, la Media Luna Roja, la Estrella de David Roja, o un prisma o marco rojo, sin ningún símbolo religioso, todos sobre fondo blanco. Se prohíbe todo acto que atente contra este personal, siempre que actúe como neutral frente a las hostilidades y su objetivo sea brindar asistencia cuando se requiera. De igual manera,

27 CICR, “Prisioneros de guerra y otras personas privadas de la libertad”. CICR, 29-10-2010. En línea: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/overview-detainees-protected-persons.htm>

se prohíben ataques que afecten ambulancias, hospitales, templos religiosos y medios de transporte que utilice el personal de apoyo humanitario.

Restricción de métodos de guerra

Vale reiterar que el DIH limita los métodos y los medios de guerra y que, en términos generales, se prohíben los procedimientos que causen daños indiscriminados o sufrimientos innecesarios. En el transcurso del desarrollo de esta disposición, los Estados han ratificado nuevos tratados que tienen como objeto prohibir el uso de armas, como minas antipersonal, municiones de racimo u armas químicas con efectos indiscriminados, así como las armas láser cegadoras, que por supuesto causan sufrimiento excesivo y desproporcionado.

Actividad 8

Para investigar

- 1. ¿Qué crímenes de guerra tipifica el Código Penal colombiano?
- 2. ¿Cómo identifica que se trata de crímenes de guerra?
- 3. ¿A qué se refiere el Código Penal cuando habla de “persona protegida”?

Justiciabilidad internacional de los crímenes de guerra

Ahora abordemos el tema más difícil del DIH: la justiciabilidad, término que hace referencia a la posibilidad de castigar a los infractores de DIH. En los inicios, cuando hasta ahora se estaba formando este derecho, la posibilidad de castigar a los infractores radicaba única y exclusivamente en los Estados, pues debe recordarse que las reglas de la guerra eran nacionales y, por tanto, cada Estado ajusticiaba en sus propios tribunales con sus propias normas. Con el paso del tiempo y con la consolidación del derecho de la guerra, se estableció la obligación de los Estados de perseguir y juzgar a quienes cometieran *infracciones graves a las Convenciones de Ginebra*, actos estipulados concretamente en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo I, que incluyen, entre otros, el homicidio intencional, la tortura o el trato inhumano, y causar

deliberadamente grandes daños y sufrimientos²⁸. En virtud de esta obligación se insta a las autoridades estatales a perseguir, juzgar o extraditar a los infractores, independientemente de su nacionalidad, del lugar donde hayan cometido delitos o de la nacionalidad de las víctimas. Esto se denomina *jurisdicción universal*.

Para cumplir con esta obligación, los Estados requieren ajustar sus normas penales al DIH, es decir, tipificar como delitos en sus códigos penales las infracciones al derecho de la guerra, para poder hacer comparecer ante sus tribunales nacionales a quienes cometan dichas infracciones en cualquier parte del mundo.

La historia ha demostrado que la *jurisdicción universal* es de difícil aplicación, en especial en lo relativo al acceso a pruebas suficientes. Sin embargo, en repetidas ocasiones la jurisdicción universal ha sido invocada, especialmente por Estados europeos como Bélgica, contra autores de crímenes internacionales cometidos en países africanos. Ahora bien, también se han instituido tribunales internacionales para investigar y juzgar crímenes internacionales en los que se incluyen algunos crímenes de guerra. Esto sucedió respecto a la masiva ocurrencia de crímenes internacionales (crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio) en Ruanda y la antigua Yugoslavia a finales de la década de 1990. Para estos dos casos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR e ICTY, por sus siglas en inglés). La competencia de estos tribunales se limita a actuaciones cometidas en un espacio específico y durante un tiempo determinado. Por esta razón, los jueces de estas dos cortes internacionales solo pueden juzgar a

quienes hayan cometido crímenes que se relacionen con esos dos conflictos y durante un cierto tiempo. El que se haya podido impartir justicia en contextos en los que, de no ser por estos tribunales, hubiera sido muy difícil hacerlo, debido a la masividad del conflicto y a la falta de recursos de esos países en tiempos de posguerra, es la razón para calificar sus ejecutorias como muy exitosas.

La Corte Penal Internacional

En julio de 1998, después de interminables reuniones, la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, celebrada en la capital italiana, adoptó el Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI). La sede de la Corte está en La Haya, Países Bajos, y su objetivo es investigar y juzgar a sujetos que hayan cometido crímenes internacionales, de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y/o crimen de agresión en el territorio de algún Estado que haya ratificado el Estatuto de Roma.

La CPI tiene jurisdicción complementaria a la de los tribunales nacionales. Esto quiere decir que solo podrá entrar a investigar y juzgar una situación cuando el Estado parte que tenga la obligación de hacerlo no lo haga, ya sea porque no quiere (falta de disposición) o porque no está en capacidad de hacerlo. De lo contrario, siempre tendrán primacía los tribunales nacionales del respectivo Estado.

Este tribunal tiene gran relevancia, dado que es el primero que puede juzgar penalmente a individuos particulares a nivel internacional, lo que se traduce en la potestad de imponer penas privativas de la libertad y sanciones económicas. Hasta ahora la CPI ha sido bastante efectiva al investigar y juzgar crímenes internacionales. De hecho, ya ha emitido condenas, siendo la primera y más famosa la fallada contra Thomas Lubanga, jefe de la Unión de Patriotas Congoleños, movimiento rebelde de la República del Congo, donde cometió varios crímenes de guerra²⁹. Empero, también ha recibido muchas críticas, y una de sus mayores limitantes es que su competencia no ha sido aceptada por países clave como Estados Unidos³⁰, China, Rusia, India, Israel, Irak

28 No todos los crímenes de guerra pueden ser juzgados y perseguidos por *jurisdicción universal*, pero sí los más graves (que están taxativamente enunciados por los mismos Convenios de Ginebra). A pesar de lo anterior, todos los Estados tienen la obligación de juzgar a todos aquellos que cometan cualquier infracción a las leyes de la guerra en su territorio o que, a pesar de haberlas cometido por fuera de él, sean sus ciudadanos y se encuentren después de los hechos en su jurisdicción territorial. La categoría de infracciones graves a las Convenciones de Ginebra solo aplica para crímenes cometidos en conflictos armados internacionales. Al respecto, puede consultarse CICR, "Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal – Declaración del CICR ante las Naciones Unidas". CICR, Recursos, 18-10-2012. En línea: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/united-nations-universal-jurisdiction-statement-2011-10-12.htm>

29 El 10 de julio de 2012 Lubanga fue condenado a 14 años de cárcel. Actualmente se encuentra cumpliendo la pena en una de las 12 celdas de la CPI en La Haya.

30 Respecto a Estados Unidos, hay críticas aún más severas, pues ese país participó en las deliberaciones del Estatuto de Roma, el

y Cuba. También se le ha cuestionado el hecho de que el mayor número de investigaciones abiertas corresponden a países de África, débiles en el contexto mundial.

Crímenes de guerra vs. crímenes de lesa humanidad y genocidio

Los crímenes de guerra, como ya se mencionó, se caracterizan por su necesaria relación con un conflicto armado.

Esta relación es la que los diferencia de otros crímenes cuya comisión se puede dar en tiempos de paz. Los crímenes de lesa humanidad los define el Estatuto de la Corte Penal Internacional como aquellos cometidos en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil y son, entre otros, homicidio, tortura, esclavitud, violencia sexual y desaparición forzada. Cabe señalar que, por su definición, no implica que se cometan en desarrollo de un conflicto armado, y para que se configuren como tales se requiere que el crimen se haya perpetrado con unas características específicas exigentes, esto es, que haya sido generalizado o sistemático.

Esto último es, justamente, lo que diferencia a los actos de lesa humanidad de los crímenes de guerra.

El crimen de genocidio ha sido definido por ese mismo Estatuto en los términos utilizados en la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio:

... cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso³¹, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a

cual rige el funcionamiento y ejercicio de la CPI, impulsando muchas cláusulas que después se consideró que desestabilizaban a la Corte. Estas cláusulas limitan la competencia de la Corte y la cooperación internacional de los Estados. Muchos arguyen que se aceptaron esas cláusulas para lograr que todos los países las firmaran, especialmente Estados Unidos, que fue quien las impulsó, si bien al final de la historia no ratificó el Estatuto, es decir, no aceptó la competencia de ese Tribunal.

31 Debe anotarse que el Código Penal colombiano agrega entre los grupos que pueden ser objeto de genocidio a los que sean perseguidos por su afiliación política, esto a pesar de que en ningún instrumento internacional se tiene tal consideración. La motivación principal que llevó a que el legislador colombiano considerara esta disposición especial fue el precedente que existe en nuestro Estado del aniquilamiento de todos los miembros de un grupo político, como ocurrió con los de la Unión Patriótica.

condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

No es fácil establecer cuándo un acto configura genocidio, pues el elemento clave para identificar este crimen es que la motivación que llevó al autor a cometerlo era destruir en todo o en parte a un grupo específico de la población, hecho que debe probar el ente acusador.

Actividad 9

Para investigar

¿En qué consistió el conflicto armado de Ruanda, a mediados de la década de los noventa? Teniendo en cuenta lo aprendido en este capítulo, responda:

- 1. ¿Quiénes conformaban los bandos enfrentados?
- 2. ¿Cuál era el motivo del enfrentamiento?
- 3. ¿Era aplicable el DIH a ese conflicto armado?, ¿por qué?
- 4. ¿Por qué se ha dicho que lo ocurrido en Ruanda fue un genocidio?

El Derecho Internacional Humanitario en Colombia

En los anteriores apartados se expusieron los principios más importantes del DIH y su aplicación universal. En la presente sección se expondrá la aplicabilidad e implicaciones que el DIH tiene en el derecho interno.

Bloque de Constitucionalidad

La jurisprudencia constitucional ha definido la figura del bloque de constitucionalidad como

[...] aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de

reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*³².

En otras palabras, el bloque de constitucionalidad hace referencia a todas aquellas normas que, sin estar escritas en la Constitución Política, hacen parte de ella y, por tanto, tienen carácter de normas constitucionales.

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario, se vincula al bloque de constitucionalidad por remisión expresa de la Constitución, que en su artículo 214, parágrafo 2, al pronunciarse sobre los estados de excepción, reza: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Por tanto, la integración de las normas de DIH en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos en ese derecho, con el fin de potenciar la realización material de tales valores³³. En consecuencia, todos los actores armados, estatales o no estatales, están obligados a respetar estas normas que consagran los principios mínimos de humanidad, los cuales no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado³⁴.

Código Penal Colombiano

En cumplimiento de las obligaciones internacionales de lo estipulado por el DIH, el legislador destinó todo un capítulo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) a tipificar las conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario³⁵. Esta legislación



Damián Leonardo Quiroga Díaz.

penal fue la respuesta a la necesidad de brindar especial protección a la población civil afectada por la magnitud del conflicto armado interno que vive Colombia desde hace varias décadas. Así, en Colombia existe una legislación penal que sanciona de manera más severa aquellos crímenes que, además de atentar contra bienes jurídicos, como la vida, la integridad personal, la libertad, la dignidad, entre otros, ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados.

Ahora bien, para que en Colombia se pueda imputar que un crimen atenta contra el DIH se tienen que dar las siguientes condiciones: 1) que la conducta haya sido perpetrada por miembros de un grupo armado organizado, por miembros de la fuerza pública o por civiles que se encuentren tomando parte activa en las hostilidades; 2) que se haya ejecutado en relación con el conflicto armado interno; y 3) que la víctima sea un miembro de la población civil que no se encuentre participado en combates ni en ninguna actividad hostilidad o se trate de excombatientes que han dejado las armas por estar heridos o enfermos, por rendición o por cualquier otra causa análoga³⁶.

de culto, ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, represalias, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, atentados a la subsistencia y devastación, omisión de medidas de protección a la población civil, reclutamiento ilícito, exacción o contribuciones arbitrarias y destrucción del medio ambiente.

36 Al respecto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

32 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

33 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995.

35 Ley 599 de 2000, Libro 2, Título II, Capítulo único. Se incluyen como delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario los de homicidio en persona protegida, lesiones en persona protegida, tortura en persona protegida, acceso carnal violento y actos sexuales violentos en persona protegida, prostitución forzada o esclavitud sexual, utilización de medios y métodos de guerra ilícito, perfidia, actos de terrorismo, actos de barbarie, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, detención ilegal y privación del debido proceso, constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares

La Corte Penal Internacional en Colombia

En los medios de comunicación se habla de la posibilidad de que el Fiscal de la Corte Penal Internacional solicite la apertura de un caso para investigar y juzgar a los principales responsables de la comisión de crímenes de guerra y lesa humanidad en territorio colombiano. A 2015, miembros de la Fiscalía de la Corte han realizado tres visitas a nuestro país con el objetivo de estudiar y observar *in situ* cómo transcurren los procesos de investigación y juzgamiento de los mayores perpetradores de crímenes internacionales en Colombia. Debe recordarse que para que la CPI inicie investigaciones en el caso colombiano el fiscal deberá demostrar que el Estado no está en la capacidad o no tiene la intención de hacer justicia frente a los crímenes.

Respecto a esta posibilidad, algunos expertos han señalado que no es probable que la Corte Penal Internacional abra casos en su jurisdicción por delitos cometidos en Colombia, pues, en alguna medida, las autoridades han actuado en función de perseguir y castigar a los responsables de las mayores atrocidades cometidas en el país. Así, en un informe preliminar realizado por la oficina del fiscal de la CPI se determinó que el ente acusador colombiano ha abierto actuaciones judiciales contra jefes de los diferentes actores del conflicto, a saber: guerrilla, paramilitares, agentes de la Policía y del Ejército y políticos con presuntos vínculos con grupos armados. Sin embargo, a pesar de reconocer las actuaciones de las autoridades colombianas encaminadas a castigar a los perpetradores de crímenes de guerra y de lesa humanidad ocurridos en el país, la oficina del fiscal de la CPI determinó que, con el propósito de hacer seguimiento al avance de estas actuaciones, el país seguirá siendo objeto de análisis preliminar.

Consideraciones finales

El Derecho Internacional Humanitario se ha ido consolidando con el correr de los años. No obstante, a pesar de que hoy cuenta con normas e instituciones sólidas, no se respeta suficientemente en el desarrollo de los conflictos armados. El objetivo específico de este derecho es proteger a todas las personas que participan en las hostilidades imponiendo ciertas obligaciones a los actores

Penal. Proceso núm. 32022, de 21 de septiembre de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Actividad 10

Para investigar

Después de leer el caso del Recuadro 1, al inicio del capítulo, y conforme a lo aprendido, responda qué derechos le estarían vulnerando a usted y a qué mecanismos de protección legal podría acudir.

del conflicto, como tomar las precauciones debidas para que en el transcurso de los enfrentamientos no se lastime o perjudique a personas que no participan en ellos. De igual forma, establece ciertas prohibiciones, como la afectación de civiles y el uso de armas que puedan generar daños desproporcionados. En el contexto colombiano, el respeto y debida aplicación del DIH resulta de gran importancia, por cuanto, durante décadas, nuestro país ha sido escenario de un conflicto armado interno que ha dejado una alarmante cifra de víctimas, en su mayoría ajenas al mismo.

Actividad 11

Para reflexionar

Responda las siguientes preguntas de selección múltiple para autoevaluar qué tanto ha aprendido sobre DIH.

1. Los que crearon las reglas del DIH son:
 - a. El Comité Internacional de la Cruz Roja.
 - b. Las Naciones Unidas.
 - c. Los Estados.
 - d. La opinión pública.
2. El DIH es:
 - a. Parte del derecho internacional público.
 - b. Una ley creada por los Estados.
 - c. Un compendio de tratados, regulaciones y costumbres.
 - d. Todos los anteriores.
3. El artículo 3 común se aplica a:
 - a. Conflictos armados no internacionales.
 - b. Guerras de liberación nacional.
 - c. Situaciones de violencia interna.
 - d. Agresiones.
4. Gustavo Quiñones es miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Durante un combate contra un frente de las FARC fue capturado y detenido por miembros del grupo guerrillero, que lo hizo cautivo y sometió a tratos denigrantes. Gustavo fue obligado a permanecer desnudo por tres días y varias veces fue orinado por algunos guerrilleros. Este suceso:
 - a. No configura una violación al DIH, dado que este solo aplica para combates entre la fuerza pública de un país y grupos armados al margen de la ley, pero nunca para combates entre dos grupos armados al margen de la ley, como son las FARC y las AUC.
 - b. Configura una violación al DIH, ya que el hecho de que Gustavo Quiñones sea miembro de las AUC no quiere decir que sea combatiente del conflicto armado, por lo cual no podía ser tomado como rehén.
 - c. No configura una violación al DIH, dado que en la guerra todo se vale, inclusive tomar rehenes y someterlos a cualquier trato, siempre que el mismo resulte en una ventaja militar, y en este caso tal ventaja se generó al neutralizar a Gustavo.

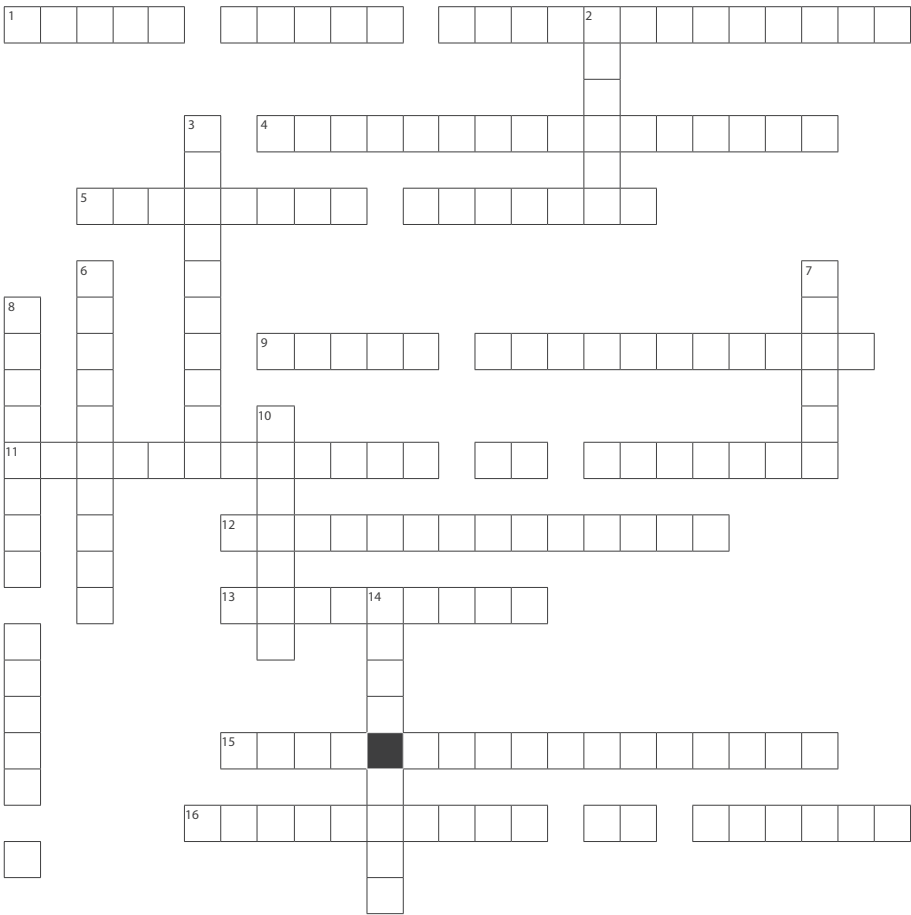
- d. Sí configura una violación al DIH, porque este aplica a conflictos internos que enfrenten a varios grupos armados ilegales. Además, porque, a pesar de que el DIH permite tomar como rehenes a miembros del grupo armado contrincante, a los rehenes no se les puede someter a tratos inhumanos, como ocurrió en el presente caso.

Lea con atención los siguientes apartes y, en cada hipotético caso, responda aplicando los conocimientos adquiridos en este capítulo.

1. En el diario *El Correo* se publica la siguiente noticia: “Transportadores de Ciudad Bolívar en conflicto. En la noche de ayer varios miembros pertenecientes a organizaciones sindicales, con motivo de la protesta que adelantaban para lograr mejores salarios de sus empleadores, destruyeron varios bienes fundamentales para la comunidad, como el centro de salud, la iglesia comunal y las tiendas de víveres. Asimismo, lesionaron a varios vecinos del sector. La policía detuvo a 300 manifestantes sin orden judicial previa”.
¿En este caso se aplica el Derecho Internacional Humanitario?, ¿por qué?
2. Estados Unidos decide intervenir militarmente en Colombia y utiliza varias armas nucleares, que incluyen la Bomba H, con el propósito, según el secretario de Estado norteamericano, de “acabar de una vez por todas con esos malhechores que desestabilizan la región y acaban con Colombia y Estados Unidos”.
En este caso, ¿qué derecho se aplica?
3. Un frente de las FARC ataca Guarnido (Cesar) y utiliza pipetas de gas que destruyen medio pueblo. Luego de arduas operaciones de inteligencia, el Ejército captura a José “Bum Bum”, cabecilla del frente insurgente que cometió el ataque.
¿La Corte Penal Internacional debe juzgar a José?

Actividad 12
Para reflexionar

A partir de los conocimientos adquiridos resuelva el siguiente crucigrama.



- 1 Corte internacional que conoce crímenes de guerra.
- 2 País que fue escenario de un conflicto armado y para el cual la ONU creó un tribunal penal especial.
- 3 Principio que obliga a que se tomen todas las medidas necesarias para evitar la afectación de civiles durante un ataque de guerra.
- 4 Principio que solicita que exista equilibrio entre los fines perseguidos por el ataque y los medios y métodos de guerra utilizados.
- 5 Bienes y personas contra los cuales se pueden dirigir ataques durante tiempos de guerra.
- 6 Principio que obliga a que siempre, al momento de hacer un ataque, se debe distinguir entre la población civil y los que participan en el conflicto.
- 7 Lo que regula el Derecho Internacional Humanitario.
- 8 Norma que regula los conflictos armados internos.
- 9 Término para referirse a aquellas víctimas civiles y daños a bienes de esta población que se da incidentalmente durante la guerra.
- 10 Grupo de personas que protege el Derecho Internacional Humanitario.
- 11 Normas que regulan los conflictos armados.
- 12 Característica de los crímenes de lesa humanidad.
- 13 Crimen internacional que tiene como motivo destruir en todo o en parte a un grupo étnico, religioso, racial o nacional.
- 14 Identifica a la organización encargada de velar por los heridos de guerra.
- 15 Arma prohibida por el derecho internacional.
- 16 Término que solo aplica en conflictos armados internacionales para denominar a aquellos partícipes del conflicto detenidos.

Glosario

Crimen de guerra. Conducta delictiva cometida en desarrollo de un conflicto armado, que viola las reglas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Derecho internacional. Cuerpo jurídico que gobierna las relaciones entre Estados y entre Estados y organizaciones internacionales.

Derecho Internacional Humanitario. Rama del derecho internacional encargada de regular la guerra. Consiste en un conjunto de normas que por razones humanitarias buscan mitigar los efectos de los conflictos armados.

Población civil. Grupo de personas que no son combatientes ni hacen parte de las fuerzas militares.

Material de apoyo

Videos y documentales

- “El Derecho Universal Humanitario. Un código universal” (CICR, 14:12). En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=A-mov1r3fWQ>
- “Historia de una idea” (Cruz Roja Internacional, 8:09). Documental sobre la historia de Henri Dunant y el CICR. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=MdSLeCIn-0o>
- “¿Qué es el derecho internacional?” (Canal Justicia, 8:14). Tutorial sobre el tema dictado por René Ureña. En línea: <http://canaljusticia.org>
- “The Court and Colombia” (Centro Internacional para la Justicia Transicional). Documental realizado que muestra “la posición del fiscal de ese tribunal, Luis Moreno Ocampo, sobre la posibilidad de que se abra un proceso sobre Colombia. Si la justicia colombiana no actúa”. En línea: <http://www.youtube.com/watch?v=wh196mNzYb4> (4:30)

Páginas Web de interés

- Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org/spa/index.jsp>)
- Corte Penal Internacional (<http://www.icc-cpi.int/Pages/default.aspx>)

Referencias bibliográficas

Abi-Saab. "Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern". En Astrid J. M. Delissen y Gerard J. Tanja, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead – Essays in Honour of Frits Kalshoven*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991.

Aboul-Enein, Youssef H. y Sherifa Zuhur. *Islamic Rulings on Warfare*. Strategic Studies Institute, 2004. En línea: <http://www.fas.org/man/eprint/islamic.pdf>

BBC. "Diez hitos de la Primavera Árabe". Mundo, 17-12-2010. En línea: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/12/121217_aniversario_primavera_arabe.shtml

CICR. "Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Diferencias, y complementariedad". Por Raúl Emilio Vinuesa. 26-6-1998. En línea: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

____. "El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos". XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, septiembre de 2003. En línea: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/intconfihl_main_report_final_spanish_2.pdf

____. "Prisioneros de guerra y otras personas privadas de la libertad". Prisioneros de Guerra y Detenidos, 29-10-2010. En línea: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/overview-detainees-protected-persons.htm>

____. "Protección de personas y bienes: los enfermos, los heridos y los náufragos". Heridos, Enfermos y Náufragos, 29-10-2010. En línea: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/wounded-sick-shipwrecked/overview-wounded-protected-persons.htm>

____. "¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?" Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario. En línea: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>

"Colombia sigue como número uno mundial en desplazados". *El Espectador*, 16-2-2011. En línea: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-251341-colombia-sigue-numero-uno-mundial-desplazados>

"El Gobierno de Yemen cifra en más de 2.000 los muertos en las revueltas". *Diario Público*, 18-3-2012, España. En línea: <http://www.publico.es/internacional/426364/el-gobierno-de-yemen-cifra-en-mas-de-2-000-los-muertos-en-las-revueltas>

Foulkes, Imogen. "Los actos que acompañan las palabras". *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja* (2012). En línea: http://www.red-cross.int/ES/mag/magazine2012_1/4-9_extra.html

Holmes, Richard. "La experiencia de la guerra, capítulo 13 de Soldados". Londres: BBC, 1985.

La Haye, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflicts*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2008.

"Los rebeldes reportan 50.000 muertos durante el conflicto libio". *El Mundo*, 31-8-2011, Venezuela. En línea: <http://www.elmundo.com.ve/Noticias/Economia/Internacional/Los-rebeldes-reportan-50-000-muertos-durante-el-co.aspx>

"Mapa de los Conflictos en el Mundo. Guerras y Conflictos Sociales". *InspirAction*. En línea: <http://www.inspiration.org/justicia-economica/mapa-conflictos-mundo>

Meron, Theodor. *Henry's wars and Shakespeare's laws: perspectives on the law of war in the later Middle Ages*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Ramelli Arteaga, Alejandro. *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable a Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Agencia de Cooperación Alemana GIZ, 2011.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. "The Prosecutor v. DuskoTadic". Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2-10-1995, párr. 70, 561-568.

La justicia transicional y la responsabilidad por las atrocidades del pasado

Farid Benavides Vanegas

Justicia transicional
derecho penal
delito político
amnistías e indultos
transiciones políticas
marco jurídico para la paz



Objetivos de aprendizaje

- Conocer el concepto e historia de la justicia transicional.
- Distinguir las políticas de transición de la justicia transicional.
- Comprender la aplicación de la justicia transicional en Colombia.
- Comprender los aportes de la justicia transicional a la paz.



Guía de estudio

Este capítulo busca responder a las siguientes preguntas: ¿qué es la justicia transicional?, ¿cuáles son los mecanismos que se aplican para garantizar la justicia en las transiciones políticas?, ¿existe en Colombia justicia transicional?, ¿cuál es el aporte de la justicia transicional a la paz? El discurso de la justicia transicional (JT) llegó a Colombia con la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Tradicionalmente, los procesos de paz se enmarcaban en una lógica de amnistías e indultos y la reincorporación a la vida política del país de los rebeldes que depusieran las armas. Sin embargo, para 2004, ya formalizadas las negociaciones entre el gobierno y las autodefensas en proceso de desmovilización, en el nuevo marco de derecho penal internacional existente esto ya no era posible. Por eso se buscaron mecanismos complementarios a la justicia penal. Al mismo tiempo, organizaciones nacionales e internacionales comenzaron a hablar de la justicia transicional como una forma de enfrentar un pasado de crímenes horribles y masivos y abordar el futuro. En este texto estudiaremos los principales mecanismos de justicia transicional y, teniendo en cuenta la realidad colombiana, nos ocuparemos de estudiar la capacidad de la JT para contribuir de manera significativa a la paz.

Introducción

En noviembre de 1975, la muerte del general Francisco Franco, dictador en España desde 1939, dio inicio a un proceso de transición a la democracia que culminó con la elección en 1982 de Felipe González como el primer jefe de gobierno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). El 24 de marzo de 1976 se inició el Proceso de Reorganización Nacional, como lo llamó el gobierno militar que gobernó Argentina hasta el 10 de diciembre de 1983, cuando se posesionó Raúl Alfonsín, primer presidente elegido democráticamente después de la dictadura. En 1979 inició el conflicto entre el gobierno de El Salvador y las guerrillas del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional FMLN y en 1990 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) invitó a las partes a negociar la paz, proceso que culminó con la firma del acuerdo del 16 de enero de 1992, en el Castillo de Chapultepec, en México D.F., y puso fin a casi trece años de conflicto armado.

Los regímenes autoritarios se sostienen en el poder apelando al uso de la fuerza y, con mucha frecuencia, a crímenes para garantizar que su poder se ejerza sin obstáculos. En los conflictos armados los actores suelen cometer graves violaciones en contra de otros combatientes o de la población civil. En la guerra con frecuencia vemos que se cometen masacres y actos de violencia sexual y que se mata fuera de combate. Normalmente diríamos que estos crímenes deben ser sancionados, pero ¿qué pasa si los crímenes son masivos y se hace necesario garantizar la estabilidad de la paz o de la naciente democracia? Al final de una dictadura o de una guerra surge la necesidad de enfrentar simultáneamente el pasado y el futuro. La mirada hacia atrás supone enfrentar un pasado de crímenes y ofrecer opciones de justicia para las víctimas; pero también debemos mirar hacia adelante, de manera que garanticemos la estabilidad de la paz o de la democracia recién lograda. Entre esas dos perspectivas se mueve la justicia transicional.

España, Argentina y El Salvador tienen historias diferentes, pero cada uno de estos países, como Colombia en la actualidad, debió tomar decisiones durante la transición para garantizar la estabilidad de la democracia (España y Argentina) o de la paz (El Salvador) y, al mismo tiempo, debió garantizar justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario¹. Estos países y todos los que asuman un proceso de transición, ya sea hacia la democracia o hacia la paz, debieron sopesar qué era mejor: si investigar y castigar a todos los perpetradores de violaciones de los derechos humanos o dar una amnistía amplia y privilegiar el proceso de reorganización constitucional. Si se opta por la estabilidad a cambio de impunidad, con certeza las víctimas se sentirán engañadas por el nuevo régimen y el nuevo gobierno tendrá un alto déficit de legitimidad, pero, si se elige la sanción a todos los responsables, se puede afectar negativamente el futuro de la paz o de la democracia, entre otras razones: porque los perpetradores conservan poder político y económico, una parte de la ciudadanía puede ver en los juicios actos de venganza y revivir los odios entre las facciones o la masividad de los crímenes puede conducir a un colapso del sistema judicial.

¿Cómo hacer para sancionar a los responsables sin afectar el futuro de la democracia y cómo abstenerse de sancionarlos sin afectar los fundamentos del naciente Estado

¹ Al respecto, véase en este libro el capítulo 23 “Derecho Internacional Humanitario: logros y retos”, por Paula Guerrero Salazar.

de Derecho? Estas no son preguntas fáciles de contestar, pues en un caso ponemos en peligro la estabilidad del nuevo régimen y en el otro, la calidad democrática del mismo.

¿Cómo distinguir el nuevo del viejo régimen? Los gobiernos que tienen que enfrentar una transición política deben contestar la pregunta acerca de las sanciones que se aplican a los autores de las graves violaciones de los derechos humanos. Para algunos, es esencial que los perpetradores sean sometidos a juicio y efectivamente se sancionen, para alcanzar la justicia normativa, establecer una diferencia entre el viejo y el nuevo régimen y así lograr el éxito de la transición. Al mismo tiempo, otros consideran que se trata de la justicia de los victoriosos y que ese tipo de juicios no son benéficos para la democracia. Piénsese, por ejemplo, en el juicio que se hizo a Sadam Husein en Iraq o en la ejecución extrajudicial de Muamar Gadafi en Libia. En el caso de Husein, se trató de un juicio sin el cumplimiento de las reglas del debido proceso, y al final no se diferenció en nada de la ejecución de Gadafi.

Colombia ha debido enfrentar en el pasado este tipo de preguntas. Al final de la época conocida como La Violencia (1948-1958) se creó una suerte de Comisión de la Verdad para analizar las causas del conflicto y el gobierno promovió amnistías e indultos para los desmovilizados, como una forma de alcanzar la paz. Este proceso culminó con la creación del Frente Nacional, mecanismo constitucional que garantizaba la alternancia de liberales y conservadores en el poder, como una forma de eliminar el enfrentamiento entre ambas colectividades, principal causa de la violencia de ese período. A su vez, esto produjo el cerramiento del sistema político y propició el surgimiento de nuevas formas de violencia social y política.

En la década de 1990, el gobierno logró acuerdos de paz con los muy activos Movimiento 19 de abril (M-19), Ejército Popular de Liberación (EPL) y los minoritarios Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) e indigenista Quintín Lame, y adoptó como mecanismo para la transición una Asamblea Nacional Constituyente que reformara la Constitución y otorgara amnistías e indultos, así como la garantía de amplia participación política. Resultado de estos procesos fue la Constitución de 1991 y el surgimiento de la Alianza Democrática M-19, partido político que aglutinó a los desmovilizados del M-19 y otros sectores de la izquierda democrática, hasta convertirse

en su momento en una verdadera alternativa a los partidos tradicionales (Liberal y Conservador).

Pero fue solo hasta ya entrado el siglo XXI cuando el discurso de la justicia transicional llegó a Colombia con la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Tradicionalmente los procesos de paz se enmarcaban en una lógica de amnistías e indultos y de reincorporación a la vida política del país. Sin embargo, dado el nuevo marco de derecho penal internacional existente para el año 2004, esto ya no era posible. Por eso se buscaron mecanismos complementarios a la justicia penal. Al mismo tiempo, organizaciones nacionales e internacionales comenzaron a hablar de la justicia transicional como una forma de enfrentar un pasado de crímenes horribles y masivos y como una forma de abordar el futuro.

En este texto estudiaremos los principales mecanismos de justicia transicional y, teniendo en cuenta la realidad colombiana, nos ocuparemos de estudiar la capacidad de la justicia transicional para contribuir de manera significativa a la paz.

Las políticas de transición

Las políticas de la transición se caracterizan por desarrollar una serie de mecanismos que permitan la estabilidad de la naciente democracia o de la naciente paz, incluso si ellos suponen la ausencia de justicia. Existe una diferencia fundamental entre las políticas de transición y la

Recuadro 1 El juicio de Núremberg: ¿puede la justicia penal dar cuenta del pasado?

En 1946 los países Aliados (Inglaterra, Francia, Unión Soviética y Estados Unidos) juzgaron a los principales responsables alemanes por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Algunos fueron condenados a pena de muerte y otros a prisión por períodos que oscilaron entre cinco años y cadena perpetua. El juicio fue calificado como justicia de vencedores, pues solo se ocupó de los alemanes y juzgó hechos que no eran delictivos en la Alemania nazi.



Actividad 1

Para reflexionar

Considere que en Núremberg se juzgó a dirigentes militares y civiles que actuaron dentro del marco de la ley nazi. Para juzgarlos se creó una nueva ley, el Derecho Internacional Humanitario, que prohibía de forma retroactiva los comportamientos más ofensivos del régimen nazi, en especial el exterminio deliberado de los judíos y la invasión de países vecinos con el mero ánimo de expansión. Considere además que los jueces y fiscales fueron a menudo oficiales del ejército vencedor y que el procedimiento de los juicios prohibía hacer referencia a los crímenes cometidos por los Aliados contra los alemanes en el transcurso de la guerra y la ocupación. Tampoco se hizo referencia a las posibles violaciones de estas nuevas normas por el régimen racial interno en Estados Unidos o por el tratamiento de Gran Bretaña a sus colonias de ultramar.

Suponga que usted debe decidir si los juicios de Núremberg son hoy un buen modelo a seguir en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, al terminar la guerra entre dos países, en uno de los cuales regía un gobierno parecido al nacionalsocialista. Tome como modelo los juicios de Núremberg y recomiende qué mantener y qué excluir en un juicio contemporáneo a gobernantes que hayan cometido el mismo tipo de atrocidades de los nazis.

justicia transicional: la preocupación por la estabilidad, en el primer caso, y por la justicia, en el segundo.

El mundo ha presenciado diversas olas de democratización. La primera de ellas se dio en la primera mitad del siglo XIX, cuando diversos Estados obtuvieron su independencia y se dieron constituciones liberales. Una segunda ola se registró con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando varios países de Europa emprendieron un camino democrático y muchas de sus antiguas colonias, particularmente en África y en Asia, decidieron independizarse. Pero es la tercera ola de democratización la que da lugar a que desde el campo de la ciencia política se estudie cómo se dieron las transiciones, cuáles agentes las hicieron posibles y cuáles fueron los obstáculos a una transición exitosa. Desde este campo se reconoce que los modos de la transición son importantes para determinar el éxito o el fracaso de la democracia y del Estado de derecho o el tránsito de un gobierno autoritario a uno democrático.

La primera pregunta que debemos hacernos es: ¿cuáles son las condiciones que hacen posible el tránsito a la democracia? Esto es, ¿por qué quienes detentan el poder deciden dejarlo y llamar a elecciones? De esas condiciones depende el diseño de la nueva democracia y, sobre todo, su capacidad de diferenciarse del viejo régimen. Sin embargo, las condiciones que han hecho posible la democracia no son necesariamente las mismas que la han hecho estable.

Los modos de transición se pueden dividir así: transiciones desde arriba o transiciones desde abajo, dependiendo de los actores que han jugado un papel más importante en el impulso de la democracia; transiciones lideradas desde adentro o desde afuera, dependiendo del papel que juega la comunidad internacional en la presión para que un país determinando se democratice.

Los diferentes modos de transición son determinantes para establecer la calidad de la democracia. Así, por ejemplo, las transiciones políticas de Venezuela y de Colombia al final de la década de los cincuenta del siglo XX establecieron unas democracias limitadas y con poco acceso a la participación democrática. Estas limitaciones dieron lugar al surgimiento de grupos guerrilleros en las décadas de los sesenta y setenta. Este es un típico modelo de transición desde arriba en el cual las élites que dejan el poder

Actividad 2

Para investigar

Investigue sobre el Frente Nacional.

1. ¿Cree que fue un régimen de justicia transicional?, ¿por qué sí o por qué no?
2. ¿Cree que fue una solución adecuada al conflicto existente en Colombia a finales de la década de los cincuenta del siglo xx?
3. ¿Qué soluciones alternativas podrían haber adoptado los colombianos?

no solo pactan con las élites entrantes el contenido y las limitaciones de la nueva democracia, sino que también establecen amnistías y autoamnistías para los crímenes cometidos en el pasado.

Al lado de los casos de Colombia y Venezuela encontramos los de España, Brasil y Polonia, en donde las élites acordaron el perdón de todos sus crímenes e incluso, como en el caso español, se hizo un “pacto del olvido” que hizo imposible el debate público sobre estos delitos y sus responsables, y se dejó a otros ámbitos, como los del cine y la literatura, la discusión sobre la verdad y la memoria. En este tipo de transiciones la controversia sobre la justicia y los derechos de las víctimas es casi inexistente, pues a las élites no les interesa que sus crímenes sean expuestos ni que se cuestione su papel dentro del régimen depuesto, que con frecuencia es denominado antiguo o viejo régimen, al que no se le asigna la connotación de dictadura.

Pero las transiciones a la democracia también pueden ser el resultado de las luchas de los movimientos sociales, que se organizan para presionar por un cambio. Los casos de Argentina y de la antigua Checoslovaquia (hoy República Checa y República de Eslovaquia) son buenos ejemplos de estas dos formas de transición. En Argentina, esta fue el resultado de fuerzas internas y de factores externos, como la derrota en la Guerra de Las Malvinas (o Falkland) que libró el régimen militar contra el Reino Unido por la soberanía sobre ese territorio. Allí, con la derrota de las Fuerzas Armadas y su desprestigio y el triunfo abrumador de Raúl Alfonsín, parecía posible

que los máximos responsables de violaciones de los derechos humanos durante el régimen de facto fueran sometidos a juicio. Sin embargo, la crisis económica que ya enfrentaba Alfonsín, la división de la sociedad y la relativa fortaleza de las Fuerzas Armadas, tornaron intranquila la transición e imposibilitaron que los perpetradores de crímenes durante la dictadura fueran sometidos a la justicia. Las leyes de obediencia debida y de punto final impidieron que la justicia argentina llevara a juicio a los responsables de graves crímenes.

En Checoslovaquia, la represión en noviembre de 1989 del gobierno comunista al movimiento social y estudiantil, alentado por levantamientos en otros países de Europa del este, devino en la Revolución de Terciopelo, llamada así por tratarse de una revolución pacífica, similar a la Primavera de Praga en 1968. Las manifestaciones diarias y las huelgas generales forzaron al gobierno a dejar el poder y a llamar a elecciones democráticas. Pese a que las élites negociaron el nuevo pacto político, fueron las manifestaciones sociales por la democracia las que impulsaron el cambio. La no intervención de la Unión Soviética fue muy importante, pues en esta transición estaba latente el temor a que esta enviara sus tanques, tal y como hizo en Hungría en 1956 y en la propia Checoslovaquia en 1968. Pero desde Moscú ya soplaban los vientos de la *Perestroika*.

La naturaleza y la extensión de la represión determinan el tipo de transición. Si los actores que dejan el poder han sido responsables de graves violaciones de los derechos humanos, es muy posible que desarrollen arreglos de amnistía o mecanismos que impidan la investigación y el juzgamiento de los responsables. El caso español, de nuevo, es ilustrativo de este tipo de transición. Durante la Guerra Civil los nacionalistas cometieron graves crímenes en contra de las poblaciones leales a la República. Una vez derrotados los republicanos, el gobierno de Franco inició una represión sin precedentes en contra de ellos y dio comienzo a un régimen dictatorial que duro casi 37 años. Al momento de la transición, opositores y seguidores del régimen acordaron un pacto de olvido que impidió desenterrar el pasado y juzgar a los responsables de los crímenes. En este caso, una política de clemencia, perdón y olvido parecía necesaria, pues los miembros del antiguo régimen conservaban bastante poder y en la ciudadanía española persistía el miedo a una nueva guerra

civil y a los horrores que ella trajo. Entonces la cuestión acá es si es posible pasar por alto el pasado, sea porque es muy lejano o porque los crímenes no son tan graves como para no permitir su olvido.

Conviene preguntarse por el valor de la justicia para dar cuenta del pasado y fundar el nuevo régimen democrático. ¿Son energías desperdiciadas aquellas que se emplean en investigar, juzgar y castigar los crímenes del pasado?, ¿deberíamos más bien concentrarnos en el diseño del nuevo Estado y tratar de no despertar demonios dormidos?, ¿cuál es la calidad de una democracia que se construye sobre el olvido y la impunidad? El futuro de la transición depende de la habilidad y el coraje de los líderes militares y civiles para imaginar acuerdos sobre reglas y garantías mutuas que vayan más allá de los extremos de impunidad o venganza legal. La justicia transicional se ocupa precisamente del diseño de los mejores y más adecuados escenarios para hacer frente a esos retos que imponen las transiciones políticas.

¿Qué es la justicia transicional?

Las transiciones políticas ocurridas durante la tercera ola de democratización dejaron muchas preguntas con respecto a qué hacer con los crímenes del pasado. Preguntas que apuntaban a establecer la responsabilidad de los delitos, quién tenía la autoridad moral para hacerlo y sobre qué bases. Se discutía sobre imperativos morales como el de hacer justicia y sobre cuestiones de prudencia política, relativas a la protección de la democracia de ataques por parte de los gobernantes del régimen saliente.

La justicia transicional es un campo académico y de políticas públicas que está en continua expansión. Se ha aplicado en diversas regiones del mundo y en países con regímenes de diferentes ideologías, con el fin de enfrentar un pasado de gobiernos autoritarios y de graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Se trata de un concepto cargado de ambigüedad, pues se aplica por igual en situaciones de transición de gobiernos autoritarios a la democracia y en el tránsito de períodos de conflicto armado, internacional y no internacional, a situación de paz. Es así como forma parte tanto de los estudios de transición a la democracia como de aquellos que se ocupan de la paz.

El término inglés *transitional justice* –que se ha traducido como justicia transicional o justicia de transición– empezó

Actividad 3

Para reflexionar

Verdad, justicia y memoria en Colombia

El gobierno de Colombia inició en 2004 un proceso de negociación con los grupos paramilitares con miras a su desmovilización. Como consecuencia del acuerdo se expidió la Ley 975 del 2006 que establece una pena alternativa de ocho años de prisión para los desmovilizados que contribuyan a la verdad y a la reparación a las víctimas. La Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en su artículo 200 crea el Centro de Memoria Histórica y establece un programa ambicioso de reparaciones que incluye la elaboración de informes en los que las víctimas den cuenta de lo sucedido. Compare este proceso con el “Pacto de olvido” hecho en España. ¿Cuál cree que es la mejor forma de enfrentar el pasado en Colombia: olvidar o insistir en la memoria de lo sucedido? Explique.

a usarse a mediados de la década de 1990, pero fue a partir del año 2000 cuando se consolidó como campo académico. Surgió por primera vez con referencia a los procesos de transición a la democracia en Europa central y en América Central que tuvieron lugar desde finales de los años ochenta y principios de los noventa. En referencia a la transición del régimen político y su relación con la justicia, se intentaba responder a cómo los regímenes que sucedían a un gobierno autoritario sancionaban las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado.

Los debates sobre la sanción de los responsables de crímenes de Estado en América Central y en el Cono Sur –especialmente, el caso Pinochet en Chile– alimentaron las controversias, tanto en el plano académico como en el práctico, sobre la necesidad de dar cuenta por el pasado a través de la justicia penal en épocas de transición. Teniendo como referentes mecanismos que no habían sido concebidos para la transición, se construyó una genealogía de la justicia transicional entendida como justicia penal y retributiva que les abrió paso a otros dispositivos menos represivos.

Sobre la naturaleza de la justicia transicional, el debate debe ubicarse en los contextos en los cuales se produce. Existe la tendencia a concebir los mecanismos de justicia transicional como medios por los cuales se renuncia a hacer justicia y se opta por formas blandas de sanción o de perdón y olvido. El marco actual del derecho penal internacional impide que se desarrollen políticas de perdón y olvido, pues existen instrumentos internacionales que obligan a los Estados a averiguar la verdad y a sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Esto significa que cuando se habla de justicia para épocas de transición política no se hace referencia exclusiva a las políticas de perdón y olvido o a las comisiones de la verdad o a la justicia penal, pues todos estos son mecanismos con los cuales los Estados se enfrentan a un pasado de abusos y violaciones y, por tanto, caen dentro del campo llamado “justicia transicional”.

Objetivos de los mecanismos de justicia transicional

Todo programa de justicia transicional debe cumplir con cuatro objetivos, a saber: 1) determinar *la verdad* de lo acontecido para establecer un registro de las violaciones de los derechos humanos; 2) lograr que se haga *justicia*, lo que no significa que necesariamente sea de tipo penal, con castigo de cárcel; 3) desarrollar una *reforma democrática* significativa, con el fin de construir instituciones que garanticen que las violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario no se repitan; y 4) asegurar una *paz duradera*, de modo que el retorno de la violencia sea bastante improbable.

Hoy en día se reconoce que los mecanismos de justicia transicional poseen una variedad muy amplia de tareas y objetivos. Es característico de los mecanismos de justicia transicional que establezcan un registro de los hechos acaecidos en el pasado con el fin de superar los actos de negación de la atrocidad, de la violencia y de los abusos, y con el propósito de obtener un reconocimiento público y oficial del sufrimiento de las víctimas. Los diversos mecanismos de justicia transicional deben alcanzar los siguientes objetivos:

- Restablecer la dignidad de las víctimas y promover su salud sicológica, poniendo fin a la violencia y a las

Actividad 4 Para discutir

Considere los casos expuestos en este capítulo de transiciones de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia en las cuales hubo “perdón y olvido”, antes que justicia transicional y, citando por lo menos cuatro ejemplos de unas y de otras, responda.

1. ¿Qué ventajas y desventajas tiene este perdón para las sociedades en transición?
2. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de un régimen de justicia transicional?

- violaciones de los derechos humanos y previniéndolas en el futuro.
- Crear una memoria colectiva o historia común para que el pasado de violencia no determine el futuro.
- Establecer las bases para un orden político democrático que respete y proteja los derechos humanos.
- Identificar a los arquitectos de la violencia pasada y responsabilizarlos y establecer procesos de vergüenza para los autores de las violaciones.
- Legitimar y promover la estabilidad del nuevo régimen.
- Promover la reconciliación entre diversos grupos sociales.
- Educar a la población acerca del pasado.
- Recomendar instrumentos y procedimientos que en el futuro eviten la repetición de violaciones y atrocidades.

Como se ve, se trata de un abanico muy amplio de objetivos que puede conducir a la frustración en el desarrollo de los mecanismos de justicia transicional. Teniendo en cuenta que la mayor parte de los estudios se hacen con una perspectiva normativa, es tan frecuente encontrar estas altas expectativas en la literatura, que en la práctica resulta normal que se llegue a un alto nivel de frustración.

Mecanismos de justicia transicional

Originalmente la justicia transicional se entendió como justicia penal, tal y como se dio en los casos de los juicios de Núremberg al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Con el tiempo, los Estados acudieron a otros mecanismos con el fin de lograr una justicia más integral y, sobre

todo, para compensar las carencias de justicia resultantes de las transiciones, focalizados en cuatro objetivos centrales: justicia, verdad, memoria y reparación. Algunos de estos nuevos dispositivos de la justicia transicional son: a) depuración del personal de las instituciones involucrado en violaciones de derechos humanos, lo que puede o no incluir juicios por responsabilidad penal; b) reforma de las instituciones del Estado para que sean mejores garantes de derechos; c) creación de comisiones de la verdad independientes que den cuenta de lo sucedido durante la guerra; d) procesos no judiciales de construcción de una memoria colectiva de lo sucedido e instalación de monumentos y otros memoriales; e) procesos judiciales y no judiciales de reparación a las víctimas.

Así –marcando el momento de quiebre entre el pasado y el compromiso de un nuevo régimen con el futuro–, justicia, verdad, memoria y reparación se convierten en cuatro objetivos centrales a alcanzar en el tránsito de la dictadura a la democracia o de la guerra a la paz. En este contexto de transición tienen mucho sentido mecanismos como la justicia penal, las comisiones de la verdad, la reparación estatal y los procesos de depuración institucional. Pero la

Actividad 5

Para investigar

Considere la *tensión entre la verdad y la justicia* en un momento de transición de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia. Tenga en cuenta que en un juicio penal el acusado tiene derecho a defenderse y lo que diga puede ser utilizado en su contra. Por tanto, muchos hechos conocidos solo por los victimarios se quedan en el silencio y es más difícil conocer la verdad, en especial sobre asuntos puntuales como la ubicación de las tumbas o los motivos y cómplices del régimen autoritario. Sin embargo, si se suspende el castigo, puede que los victimarios, al dar su versión de los hechos, no cuenten la verdad, la desfiguren o hagan apología de sus crímenes. En caso de un acuerdo de paz con las guerrillas y un consecuente proceso de transición en Colombia, cite y analice cinco pros y cinco contras de la justicia penal y cinco pros y cinco contras de procesos de verdad sin juicios penales.

Recuadro 2

¿Cuáles son los modelos de justicia transicional que se han desarrollado?

La justicia transicional ha tenido diversos modelos y mecanismos para enfrentar el pasado. Ruti Teitel* hace una genealogía de la justicia transicional para mostrar cómo los constreñimientos políticos de la transición determinan el tipo de mecanismos disponibles. Para Teitel los orígenes de la justicia transicional se encuentran en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con esta autora, la justicia transicional se ha dado en tres fases:

Fase I. Se caracteriza por el uso de la *Justicia Penal Internacional* como el mecanismo de justicia transicional, que dio origen a lo que Iván Orozco llama “conciencia humanitaria”, esto es, aquella conciencia que surge del genocidio judío y que exige la acción de la justicia penal para castigar a todos los perpetradores.

Fase II. Se caracteriza por coincidir con la tercera ola de democratización. Esta fase desarrolla un modelo de justicia transicional que se aparta del uso exclusivo de la justicia penal y acude a diferentes mecanismos que fortalecen el Estado de derecho. En esta fase es evidente la tensión entre amnistías e indultos y la sanción de los crímenes cometidos por los victimarios. En esta etapa se hace énfasis en la verdad como sustituto a la falta de justicia. Un ejemplo es la transición del régimen de segregación racial (*apartheid*) a la democracia en Sudáfrica, donde se adelantó un proceso de reconstrucción pública de las atrocidades del régimen, sin que hubiera juicios penales a quienes confesaran sus delitos en público.

Fase III. La justicia transicional se convierte en un modelo propio de la extensión del Estado de derecho. Se dan diversos mecanismos, pero no se impone uno solo sobre los demás. Se da un *fortalecimiento de la Justicia Penal Internacional* y, por tanto, los Estados se ven obligados a garantizar una justicia más compleja y comprensiva.

* Ruti G. Teitel, “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Law Journal*, 16 (2003): 69-94.

cuestión no es tan clara cuando nos enfrentamos a la aplicación de dichos mecanismos de justicia transicional con anterioridad al final del conflicto, en las etapas finales del mismo y cuando apenas se está construyendo la paz.

De ahí que surja el interrogante sobre cuál es el papel de la justicia transicional en la construcción de la paz. En primer lugar, hay que precisar de qué paz se trata, cuando no está claro el punto de quiebre que da paso a la nueva situación. Si se trata de una paz con construcción de una nueva sociedad, los mecanismos de justicia transicional pueden desempeñar una función importante en la transformación social. Pero si se trata de la paz negativa, es decir, el fin de la violencia directa y el inicio de una etapa de debates políticos, no resulta muy claro cuál es el objeto de estos mecanismos de transición. Es necesario entonces plantear su alcance: ¿tiene sentido que en un proceso de paz se exija a los actores armados contar todos los crímenes cometidos y a cambio ofrecerles la cárcel y excluirlos de formar parte del Estado? Esto conduciría al fracaso de los procesos de negociación. Pero resulta igualmente problemático, si en el proceso de negociación se les ofrece todo lo contrario: impunidad, ausencia de verdad y de reparación. Por ello no puede confundirse la negociación de paz, que se rige por necesidades estratégicas, con la aplicación de mecanismos de justicia transicional.

Entonces, las cuestiones a resolver son: ¿cómo lidiar con el pasado luego de un proceso de paz?, ¿cuál es el valor de la justicia transicional en un proceso de esta naturaleza y cuál puede ser su contribución a la paz?, por ejemplo, ¿cuál es el valor de la justicia penal en un proceso de paz?

Justicia penal

Una de las primeras cuestiones a las que se enfrentan los procesos de transición política es la relativa a la tensión entre el castigo a los victimarios y la impunidad. Para un sector de la población, el juicio y la condena son necesarios, no solo para alcanzar un cierto nivel de justicia, sino para establecer una línea entre el viejo y el nuevo régimen. Otro



La Habana, Cuba, 26 de mayo de 2013. Acto en el que se leyó el comunicado conjunto del noveno ciclo de diálogos de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC.

Omar Nieto Remolina

sector afirma que estos juicios son espectáculos que no contribuyen a la justicia e impiden la reconciliación, pues quienes juzgan a los vencidos aplican una “justicia de vencedores”, que perciben poco legítima. Por ello en ocasiones se sugiere que la mejor manera de pasar la página del conflicto es perdonando y olvidando el pasado, para que no afecte el futuro del nuevo régimen.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los Aliados se ocuparon de sancionar a los máximos responsables de los graves crímenes cometidos en la guerra por los alemanes y los japoneses. La opción que sugería Winston Churchill, primer ministro británico, era una ejecución rápida de todos los asesinos, pero tanto la Unión Soviética como los Estados Unidos se inclinaron por un juicio internacional para dejar un mensaje de justicia y una lección de debido proceso. El Tribunal de Núremberg fue criticado por aplicar una justicia de vencedores y por ocuparse solamente de los alemanes, excluyendo de los juicios de manera expresa los crímenes cometidos por los Aliados contra la población civil enemiga. Además, se cuestionó el castigo del crimen de agresión, esto es, la guerra, pues hasta ese momento se tenía como un mecanismo válido de resolución de los conflictos internacionales.

Cuarenta años después se creó una Corte Penal Internacional que se ocupa de la investigación y juzgamiento de los autores de faltas graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen

de agresión. El modelo de la Corte Penal Internacional se construyó tratando de solucionar los problemas y las críticas que en su momento surgieron contra el Tribunal de Núremberg. En este nuevo marco se define la justicia como la necesidad moral y legal de combatir la impunidad por graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Se afirma que la justicia penal es una condición necesaria para alcanzar o solidificar la paz, lograr la reconciliación, promover la democracia y minimizar el riesgo de caos y anarquía.

Frente a la perspectiva de realismo político, que plantea políticas de perdón y olvido para alcanzar la paz, en el ámbito de la Corte este tipo de violaciones no se quedan sin sanción. En los últimos sesenta años se ha desarrollado un modelo que propone la sanción de estas conductas y que no deja espacio para la impunidad. Según este modelo, la *realpolitik* –o realismo político– conduce a la impunidad, porque los gobiernos negocian la responsabilidad a cambio de la solución inmediata de los problemas que presentan las transiciones, pero fracasan en generar una paz duradera y sostenible en el largo plazo y en alcanzar la estabilidad y la reconciliación. Los realistas políticos, no obstante, afirman que las posiciones que abogan por la justicia penal o posiciones *justicialistas* pecan de idealismo y hacen imposible alcanzar la paz en el corto o mediano plazo, pues las partes en un proceso de negociación de paz o de transición a la democracia carecen de incentivos para dejar las armas o abandonar el ejercicio de poder, si saben que en la transición serán llamados a responder por sus crímenes.

La pregunta fundamental a la que se intenta dar respuesta con la justicia penal es si esta es capaz de romper con el pasado y, a la vez, establecer un nuevo orden para el imperio de la ley. Dado que la justicia nacional se enfrenta con el problema de la continuidad y el cambio, la expectativa de la justicia internacional y su marco de derechos y sanciones establecidas en el derecho internacional sirven para dotar de continuidad y legitimidad los juzgamientos nacionales.

El derecho a la verdad

La justicia penal es un mecanismo de justicia transicional que presenta muchos problemas en contextos en los que es difícil o imposible llevar a los victimarios ante la justicia para que respondan por sus crímenes. Igualmente,

ella tiene un carácter vindicativo que en muchos casos no contribuye a la reconciliación. Además, la forma de construcción de la verdad judicial está llena de defectos y depende más de la habilidad para manejar los procedimientos legales que de una auténtica búsqueda de la verdad acerca del pasado. En suma, el proceso judicial no está orientado a la obtención de la verdad real, sino a la obtención de una verdad procesal que surge de los debates entre las partes que se enfrentan, que permita establecer la responsabilidad del individuo juzgado.

Para suplir estas deficiencias se ha recurrido a mecanismos no judiciales de construcción de la verdad, como son las comisiones de la verdad, que se basan en el derecho de las víctimas a la verdad, reconocido en el derecho internacional. Como consecuencia de ese derecho, los Estados tienen la obligación de hacer todo lo necesario para averiguar la verdad de los hechos, determinar los responsables y el paradero de las víctimas, así como la obligación correlativa de no olvidar, esto es, garantizar la no repetición de los actos mediante recordatorios de lo sucedido y de sus víctimas. El derecho a la verdad se convierte en condición necesaria para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la reparación y a la justicia. Igualmente, no es posible garantizar la reconciliación si no se construye de manera democrática la verdad de lo acontecido, pues, como señaló una de las víctimas de la toma del Palacio de Justicia en Colombia, para perdonar es necesario saber a quién se perdona y exactamente qué es lo que se le perdona.

Las comisiones de la verdad son el espacio por excelencia para la construcción colectiva de la verdad y el caso paradigmático es la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Suráfrica. En este país, luego de muchos años de segregación racial establecida por la ley (conocida como *Apartheid*: separación), se inició una transición a la democracia, en la que resultó elegido Nelson Mandela como presidente del país. Para garantizar la transición sin un espíritu de venganza, se renunció a la justicia penal y, como sustituto, se acudió a la Comisión de la Verdad, y aunque hubo algunos condenados, en general la justicia penal estuvo ausente. Sin embargo, la surafricana no ha sido la primera comisión de la verdad, pues se han establecido otras con resultados desiguales. En Colombia, por ejemplo, la Comisión de Averiguación de las Causas de la Violencia en la década de los cincuenta realizó

Recuadro 3
¿Por qué investigar y castigar graves violaciones de los derechos humanos?

Mark Osiel* ha discutido la cuestión de la investigación y juzgamiento de los autores de graves violaciones de los derechos humanos y la respuesta del Estado con posterioridad al fin de un régimen autoritario. Osiel presenta varias objeciones al asunto del juzgamiento y de la lucha contra la impunidad, que se explican en la siguiente lista:

1. El derecho y la justicia penal no son adecuados para tratar con estos hechos, pues la responsabilidad individual es muy compleja en un contexto de guerra.
2. La forma en que se aplica el derecho penal internacional choca con principios fundamentales del derecho penal liberal, como el de legalidad, ya que a menudo se aplica una ley que no existía cuando se cometieron los crímenes o no era ley aplicable a estas personas, como el caso del “crimen de agresión”, en los juicios de la Segunda Guerra Mundial.
3. Es difícil trazar una línea entre los victimarios y terceras partes no culpables, lo que en Colombia se ha llamado la víctima en una zona gris, para expresar la ambigüedad moral de ciertas víctimas, en particular cuando se convierten en victimarios por circunstancias propias del conflicto armado. Un ejemplo son los soldados menores de edad.
4. El mal es tan radical que la ley es incapaz de sancionarlo adecuadamente.
5. En algunos casos el victimario sigue órdenes de una legalidad perversa, pero en todo caso legal.
6. Los mismos objetivos de prevención y de reinserción se alcanzan con otros mecanismos.
7. Las élites pueden poner en riesgo el nuevo régimen si insisten en la persecución penal sin tener en cuenta las circunstancias reales de la guerra y la precariedad de la paz.
8. Los juicios pueden no ser imparciales y poner en riesgo la calidad de la nueva democracia, dadas las presiones para que haya castigo.
9. La persecución penal puede generar simpatía por los victimarios y no por sus víctimas, al hacerlos aparecer a su vez como víctimas o darles una plataforma para explicar sus razones.

* Mark Osiel, “Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity”. *Human Rights Quarterly*, 22 (2000): 118-147.

entrevistas por todo el país con el fin de determinar las causas del conflicto entre liberales y conservadores.

Como mecanismos de investigación, las comisiones de la verdad se crean para que en los países en los cuales se han cometido graves violaciones de los derechos humanos o el derecho humanitario se construya colectiva y críticamente una memoria del pasado que contribuya a superar las profundas crisis generadas por la violencia y evite la repetición de estos hechos en el futuro. El origen de las comisiones de la verdad es variado. En muchos casos ellas responden a la falta de capacidad del poder judicial para hacer frente a los hechos del pasado; en otros, es paso previo para que el poder judicial documente los hechos sin intervenir en la indagación; o resultan del trabajo de las organizaciones de derechos humanos que proponen por que se investiguen los hechos de violencia.

No existe un solo modelo de comisiones de la verdad ni una metodología única. En ocasiones los comisionados se entrevistan con las víctimas y, a partir de múltiples relatos, construyen uno colectivo, ya sea haciendo mención de todos los hechos de violencia –como en el informe *Nunca más* de Argentina, que recoge las declaraciones de las víctimas de desaparición forzada y de sus familiares– o seleccionando algunos casos que los comisionados consideran significativos y representativos de la violencia ocurrida, como el colombiano. Algunas comisiones reciben la información y pasan esa documentación a la judicatura para que inicie las investigaciones correspondientes, otras evitan señalar culpables y se limitan a dar cuenta de la existencia de los hechos de violencia y de los nombres de sus víctimas, pero no hacen ninguna alusión al régimen anterior, tal y como ocurrió en la Comisión Rettig, que debe su nombre a su

Actividad 6

Para discutir

Haga un cuadro de dos columnas con los argumentos a favor y en contra del uso de la justicia penal como mecanismo de justicia transicional. Identifique por lo menos siete argumentos de cada lado. Forme por lo menos tres parejas en las que un argumento a favor refute un argumento en contra, o viceversa. En cada uno de los tres casos identifique el problema en cuestión y titúlelo. Por ejemplo: “la consolidación de una paz duradera: diferentes ideas sobre cómo lograrla”. Concluya indicando brevemente cuáles argumentos encuentra más convincentes –a favor o en contra– para el uso de la justicia penal como mecanismo de justicia transicional, y por qué.

presidente Franciso Rettig, de Chile, creada por el gobierno de ese país para investigar las torturas cometidas durante la dictadura de Augusto Pinochet. En suma, las comisiones de la verdad tienen diferentes características y su búsqueda de la verdad depende del contexto en el cual se establecen y operan.

Funciones y características de una comisión de la verdad:

- Se ocupa de estudiar el pasado.
- No se ocupa de estudiar un evento en particular, sino que intenta tener la imagen más completa posible de abusos de derechos humanos o de violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en un período de tiempo determinado.
- Son transitorias y transicionales. Dejan de existir una vez hacen entrega de su informe final.
- Usualmente poseen algún tipo de autoridad para la recolección de los testimonios y de los datos que documentan el pasado, pero no tienen poderes judiciales para ir más allá de la determinación de la verdad. El caso surafricano es excepcional, pues la comisión sí tenía el poder de decidir sobre aquellos casos en los cuales no cabía el ejercicio de la acción penal.

Una de las cuestiones más importantes que deben enfrentar dichas comisiones tiene que ver con su tarea principal, es decir, el esclarecimiento de la verdad. Para

las víctimas, que conocen a la perfección qué paso, un simple relato de los hechos es poco relevante. Para ellas la función más importante de la comisión es la averiguación de los responsables de abusos de los derechos humanos, ya sea mediante el proceso de investigación o –como en Sudáfrica, porque viene precedida de una confesión– el establecimiento del paradero de las víctimas de desaparición forzada. En muchos casos, las víctimas buscan una explicación de las razones por las cuales fueron cometidos los actos criminales, y a través de la comisión intentan entender por qué ellas o sus familias han sido víctimas de tales abusos, sin que esto implique que quieran o sientan el deber de perdonar a los perpetradores, pues no necesariamente existe una relación entre verdad, perdón y reconciliación.

Las razones por las cuales se establece una comisión de la verdad varían de caso en caso. Con frecuencia, el motivo es contar con un instrumento de investigación de los hechos para establecer un registro más o menos preciso de lo que ocurrió en el pasado y tener una versión más ajustada de la historia. Se busca evitar que los gobiernos reescriban lo ocurrido, olviden el sufrimiento de las víctimas o justifiquen la violencia a partir de un relato distorsionado que presenta a los perpetradores como víctimas. El aprendizaje del pasado les permite a las sociedades evitar la violencia gracias a la eliminación de los mitos acerca del grupo al cual se enfrentan o a la revelación de los sufrimientos de las personas.

Las comisiones de la verdad contribuyen a los procesos de reforma institucional y de depuración de las instituciones comprometidas en las violaciones de derechos humanos, así como a generar un archivo de la represión. En todo caso, se corre el riesgo de que las comisiones de la verdad sean vistas como sustitutos de la justicia penal y se utilicen como instrumento para ocultar la verdad y asegurar la impunidad de los perpetradores. Por ello, para garantizar su éxito, es de suma importancia la sensibilidad frente al contexto y al balance de fuerzas en el país.

Memoria y memorialización

La justicia penal, tanto nacional como internacional, y las comisiones de la verdad tienen como propósito averiguar la verdad de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y adicionalmente, en el caso de la justicia penal, la sanción de

los responsables. A través de las comisiones de la verdad se desarrollan procesos de reconstrucción de la verdad y de construcción colectiva de la memoria del pasado. Sin embargo, existen otros mecanismos, tales como comisiones no oficiales de la verdad, memoriales y producciones artísticas. Tal es el caso de la exposición fotográfica de Gustavo Germano, titulada *Ausencias*, en la que el artista acude a las fotos de los desaparecidos y desaparecidas para mostrar el vacío que dejaron en la vida de sus seres queridos que aún los buscan.

La memoria como tal se convierte en un aspecto significativo de la construcción de la paz y de la comprensión del conflicto. La memoria permite que los grupos compartan un sentido de pertenencia común y, mediante el recuerdo y el olvido, una identidad colectiva. Dado que la memoria está conectada a la cuestión de la identidad y de la historia de un grupo, con frecuencia es objeto de revisión y de controversia. La memoria puede ser perpetuada en procesos de memorialización, erigiendo monumentos nacionales y estableciendo fechas y eventos conmemorativos que permitan a las sociedades divididas reescribir su historia y sus narraciones del pasado. El reconocimiento de grupos tradicionalmente oprimidos y olvidados también puede contribuir a que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos comiencen su proceso de reparación simbólica y transiten hacia la reconciliación.

El concepto de memorialización toma formas variadas y sirve para expresar y compartir los recuerdos y conmemorarlos. La memoria no puede ser suprimida y, por más que muchos gobiernos intenten reescribir la historia, surge de una forma o de otra. Los proyectos de memorialización no solo buscan evocar a las víctimas, sino evitar la repetición de los hechos del pasado, al tiempo que satisfacen el deseo de reconocimiento y honra a la memoria de las víctimas, dignificándolas y reexaminan el pasado, en ocasiones reinterpretándolo, para dar respuesta a necesidades políticas y sociales.

La construcción de monumentos suele ser el producto de recomendaciones de las comisiones de la verdad, como en Chile y El Salvador, pero también puede ser resultado de procesos internos de países maduros que enfrentan un pasado doloroso que aún puede ser fuente de divisiones, como es el caso de España, en general, y de Cataluña, en particular. Medidas como conmemorar

Actividad 7

Para investigar

En el mundo se han creado muchas comisiones de la verdad, algunas oficiales y otras no. En algunos casos se han acompañado de procesos de justicia penal y en otros los han sustituido. Recientemente, Perú enfrentó su pasado con una Comisión de la Verdad y Reconciliación. Documentétese sobre la historia de esta comisión y analice su informe final. ¿Qué lecciones aprendidas deja este proceso para otros de construcción colectiva de la verdad?, ¿usted cree que en Colombia convendría crear una comisión similar? Explique.

ciertas fechas, destinar espacios públicos para el recuerdo de las víctimas, asignar nuevos nombres a las calles o recuperar los que tenían en el período preautoritario tienden a construir una nueva memoria que incluya a las víctimas de los crímenes del pasado.

En Colombia, el Grupo de Memoria Histórica (GMH), en cumplimiento de la Ley 906 de 2004, ha desarrollado diversas actividades tendientes a recuperar la memoria del conflicto en nuestro país. Ha publicado diversos textos en los que recoge casos emblemáticos que sirven para conocer los patrones de victimización. El trabajo del GMH ha sido continuado por el Centro de Memoria Histórica, creado por la Ley 1449 de 2011, que en 2013 presentó el informe *¡Basta ya!*, en el que se hace un relato de la guerra y el grado de violencia al que llegó el conflicto colombiano.

Reparaciones

Durante varias décadas las transiciones se limitaron a la sanción de los responsables o al desarrollo de procesos de verdad para determinar las causas de las violaciones masivas de los derechos humanos y las formas de evitar su repetición. Sin embargo, con frecuencia se olvidaba a las víctimas, como ocurrió en Colombia en las fallidas negociaciones de paz de la década de los noventa.

Las violaciones masivas de los derechos humanos dejan un número alto de víctimas que han sido torturadas, han perdido a sus familiares, porque fueron asesinados o desaparecidos, y que han debido abandonar sus tierras o sus países. Distintas fuentes afirman que en Colombia



Andrés Monroy Gómez.

las víctimas directas del conflicto armado son más de 6,7 millones, cifra muy alta para un país de 48 millones de habitantes, regido por una democracia y un Estado fuerte.

En los procesos tradicionales, a las víctimas se les indemnizaba con una suma de dinero, como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal del victimario. Esto suponía que la reparación se hacía caso por caso, lo que tomaba mucho tiempo. Pero con frecuencia los Estados salen de los conflictos o de las dictaduras con limitaciones económicas, y pretender indemnizar a las víctimas con los estándares del proceso penal es problemático. A esto se suma que en muchos casos la victimización es consecuencia de las acciones de actores no estatales, por lo que el reconocimiento de responsabilidad del Estado

es más engorroso. Entonces, ¿qué hacer para reparar a las víctimas de un conflicto armado o de una dictadura?, ¿cómo volver las cosas a la situación anterior?, ¿basta simplemente con recuperar el proyecto de vida de las víctimas, esto es, mirar al futuro y no más al pasado?

Hay diversas experiencias de reparación a las víctimas. En el caso de Austria, el programa de reparación entregó una suma de dinero simbólica a las víctimas del nazismo, la cual reconoció insuficiente para reparar el dolor y el hecho de su victimización. En Chile se implementó uno de los programas de reparación más ambiciosos, al asignar pensiones vitalicias a las víctimas de la dictadura de Pinochet, de modo que se indemnizaba en proporción al tiempo que la víctima estuvo privado de la libertad o en prisión y se otorgaban beneficios educativos, servicios médicos y psicológicos, etc.

Existe consenso en que la reparación a las víctimas debe abordar las siguientes dimensiones: material, mediante compensaciones monetarias; restitutiva, devolviéndoles las tierras o bienes que les fueron despojados; de rehabilitación, restaurando los daños físicos y psicológicos infligidos; simbólica, reconociendo su condición de víctimas y pidiéndoles perdón; y de no repetición, dando garantías para que los hechos no vuelvan a ocurrir.

Actividad 8 Para investigar

En España durante muchos años no se discutió sobre la dictadura ni sobre los crímenes perpetrados bajo el régimen. La transición se caracterizó por un pacto del olvido o, como lo señala Santos Juliá, por un “pacto de no recordar”, que solo fue roto por la literatura y el cine. Películas como *Las doce rosas* o libros como *El corazón helado* o *Inés y la alegría*, constituyen relatos de la Guerra Civil y de la dictadura y sus crímenes.

1. ¿Usted cree que el cine es un buen mecanismo de memorialización?
2. ¿Cómo le contamos a nuestros hijos/as la historia del conflicto colombiano? Diseñe un proyecto de memorialización del conflicto colombiano mediante el cine o mediante el uso de historietas para niños.

Actividad 9

Para reflexionar

Suponga que le han comisionado el diseño de una estatua para El Placer, en el corregimiento de La Hormiga, Putumayo, donde tanto la guerrilla como los paramilitares, en alianza con algunos miembros del Ejército Nacional, cometieron atrocidades contra la población civil. Esta historia la encuentra en uno de los informes de la Comisión de Memoria Histórica bajo el título *El Placer: mujeres, guerra y coca en el bajo Putumayo*. Examine el informe y responda: ¿qué cree que debería representar una estatua para memorializar el sufrimiento del pasado y unificar las aspiraciones de un futuro en paz de los habitantes de El Placer? Explique su propuesta a partir de la función de los mecanismos de memoria y memorialización en la justicia transicional.

En Colombia, la reparación ha ido por caminos diversos. En un primer momento se acudió a la reparación por la vía judicial, pero esto se reveló muy complicado, dado el número de víctimas y la lentitud del proceso de Justicia y Paz. Por ello el gobierno nacional acudió a la indemnización administrativa, creando la Unidad de Víctimas y estableciendo un ambicioso programa de reparaciones. Uno de los componentes es la restitución de tierras, pero los resultados no solo han sido decepcionantes, sino que muchas víctimas han sido victimizadas de nuevo.

Otros mecanismos

Otros mecanismos de reparación consisten en planes de depuración de las Fuerzas Armadas o de los organismos encargados de la represión durante la dictadura o el conflicto. También están la prohibición del ejercicio del voto para todos los perpetradores –civiles y militares– y la restricción de participación activa en la vida pública del nuevo régimen. Sin embargo, esto genera muchos cuestionamientos, pues pone en entredicho la calidad de la democracia, ya que al fin de cuentas en el viejo régimen también se hacían depuraciones para excluir del sector público a los opositores y se les prohibía la participación pública.

Consideraciones finales

El siglo xx se caracterizó por la comisión de graves violaciones de los derechos humanos. Después de la Segunda Guerra Mundial se han registrado más de 86 millones de muertes como consecuencia de más de 250 conflictos internos o de la represión ejercida por regímenes autoritarios. La mayor parte de esta violencia ha sido ejercida por los Estados en contra de las comunidades de otros países o de su propia población. En este último caso es mucho más difícil para las víctimas acceder a cualquier forma de justicia. Por ello cuando se hace el tránsito a un régimen democrático surge de manera inmediata la pregunta sobre cómo impartir justicia, aunque esta ya no sea posible de forma correctiva.

La justicia transicional surge como consecuencia de una demanda de acción. Pese a que sabemos que el pasado no se puede corregir, sí es una forma de mandar un mensaje de solidaridad con las víctimas y la promesa de no repetición. El objetivo de la justicia transicional debe ser saldar cuentas con el pasado, pero pensando en el

Actividad 10

Para reflexionar

Las zonas grises del conflicto colombiano

En Colombia se ha introducido el concepto de víctima gris, tomado de la obra de Primo Levi, para referirse al hecho de que no es realista que en el conflicto colombiano se haga una tajante división entre víctimas y victimarios. Con base en lo señalado a lo largo del capítulo responda.

1. ¿Cómo definimos a las víctimas del conflicto?
2. ¿Cree que los soldados que mueren en combate son víctimas?
3. ¿En qué categoría ubica a quienes proponen y apoyan la guerra porque han sido atacados por la guerrilla?
4. ¿Cree que ambos deben ser reparados?
5. Aplique al caso colombiano el concepto de zona gris que introduce el autor el escritor italiano de origen judío, Primo Levi, en su obra *Los hundidos y los salvados*.

Recuadro 4

La indecisión que mina la restitución*

Fue ya hace casi cuatro años cuando el espíritu reformista y liberal de los discursos iniciales de Juan Manuel Santos se tomó por sorpresa a país y medio. El anuncio de los pilares de gobierno basados en las víctimas y las tierras fue refrescante y esperanzador después de décadas en las que las élites habían engavetado el tema agrario en el país.

Esto a pesar de que a la grandilocuencia de los discursos le aquejaba un tufillo de adanismo: en seis meses se presentaría la reforma integral de tierras que ningún gobierno en la historia del país había podido hacer. Pero como en tantas otras oportunidades, nos dijeron mañana y todavía es de noche.

Mientras la reforma integral se iba empantanando, se le apostó a la restitución de las tierras. Pocos preguntaron por qué la restitución terminó siendo tan poco controversial si el tema de tierras había sido siempre tan espinoso. Pero algunos desde entonces ya presagiaban: la restitución en un contexto de inequidad como el que existe en Colombia puede terminar siendo un buen negocio para aclarar derechos confusos y para facilitar futuros traspasos de tierras.

A cumplir ese presagio es a donde parece que vamos encaminados. La restitución mal que bien y con mucho esfuerzo va avanzando. Obviamente, existen distintas formas de ver el asunto, como lo demostró la controversia suscitada con el lanzamiento del informe de Human Rights Watch hace unas semanas. Un informe que con muy buen tino hace un llamado de alerta sobre la seguridad de los reclamantes y sobre la necesidad de contar con información clara y desagregada sobre cómo va la restitución. Pero que se concentra demasiado en señalar que la restitución no despega con base en un solo indicador (el de familias retornadas después de obtener sentencia), el cual no es suficiente para mostrar de manera adecuada la complejidad del asunto.

Son ya más de 200 sentencias que cubren algo más de 12.000 hectáreas, repite el gobierno. Un número de casos resueltos que con creces supera los resultados de otros mecanismos similares como, por ejemplo, los magros resultados de la Ley de Justicia y Paz. Pero una cifra que no dice mucho si se compara el esfuerzo que implicó restituir jurídicamente esas tierras frente a la facilidad con la que los “abogados sofisticados” ayudan a otros a acapararlas por medio de otras leyes y mañas legales. Los informes de Arias y Robledo hablan de que, con una sola operación, Cargill se habría hecho a 26.000 hectáreas y Riopaila a otras 42.000.

Ahí es donde está el verdadero entuerto de la restitución. Sin una transformación en el estado actual de la política sobre tenencia y uso de la tierra la restitución terminará sirviendo para acortarles el camino a los acumuladores. Ya no tendrán que acudir a las maromas de los avezados “juristas”. Simplemente será esperar a que el Estado haga todo el esfuerzo y a que dos años después las familias restituidas se estrellen con la pobreza del campo y salgan a vender su tierra por tres pesos.

El paro agrario es la constatación de que la economía campesina está ahogada por el modelo actual. Y prueba de que con los mínimos auxilios complementarios a la restitución nadie se convierte en el próspero Juan Valdez del que hablaba Santos en sus discursos. Son subsidios a la pobreza que solo alcanzan para entretener el hambre por un par de días.

Casi ya terminando el mandato, el gobierno aún no se decide. No sabe si quiere apostarle al espíritu transformador del campo –en línea de lo que parece se discute en la Habana–, o a seguir abriendo paso al voraz apetito de unos pocos –en la línea del proyecto de reforma a los baldíos. Mientras tanto, paso a paso los defensores de la restitución y del campesinado han ido uno a uno saliendo del gobierno para abrirle pista a una nueva escuadra que más bien parece tener la intención de consolidar un Chicoral 2.0.

Hace unos años un paramilitar confesó la estrategia de acumulación de ese entonces: Unos iban matando, otros iban comprando y otros iban legalizando. Pueda ser que no lleguemos a una versión moderna del asunto: unos iban aclarando linderos, otros iban reconstruyendo registros, otros iban presentando demandas.... pero al final, los mismos de siempre terminaban comprando y disfrutando.

* Nelson Camilo Sánchez. *Semana.com*, Opinión, 10-5-2013. En línea: <http://www.semana.com/opinion/articulo/restitucion-de-tierras-colombia-opinion-camilo-sanchez/359846-3>

Actividad 11

Para reflexionar

Analice la columna del Recuadro 4 y diga si en Colombia podemos pensar seriamente en que hay garantías para que no se repitan los hechos del pasado.

futuro. Como justicia fundadora es vital para asegurar la calidad de la nueva democracia. No es venganza ni impunidad, es justicia.

No existen fórmulas únicas para enfrentar un pasado de violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En épocas de transición política la justicia busca establecer el Estado de derecho y el imperio de la ley, para hacer el tránsito a un Estado democrático de derecho. Las fórmulas transicionales ponen al Estado frente al reto de establecer la continuidad a través de la transitoriedad. Una vez finalizado el conflicto o hecha la transición a la democracia, los Estados deben resolver la cuestión de cómo garantizar la justicia, la verdad, la paz, la estabilidad democrática, la reparación a las víctimas y la reconciliación.

Todos estos grandes objetivos no son necesariamente compatibles entre sí, pues entre la justicia y la legalidad se dan tensiones que han sido resueltas con el establecimiento de una justicia penal internacional y el

fortalecimiento del principio de jurisdicción universal. A su vez, las tensiones entre la paz y la democracia con la justicia se han zanjado, en el corto plazo, con medidas de impunidad que, según diversas experiencias, impiden la reconciliación, y en el largo plazo, con nuevos juicios, muchas veces resultado de presiones internacionales.

Las políticas de perdón y olvido y los modelos de justicia penal con sanción de todas las personas responsables se constituyen en los dos extremos del continuo de la justicia transicional. En el medio están las políticas de reparación de las víctimas a cambio de la impunidad para los autores de graves violaciones de los derechos humanos. El marco actual de derecho penal internacional impide que se desarrollen políticas de esta naturaleza, pues los Estados están obligados a garantizar a las víctimas justicia, verdad y reparación.

En épocas de transición, la justicia aparece muchas veces como un obstáculo para alcanzar el objetivo principal de los actores: la paz o la democracia, según el caso. En la práctica, los procesos de negociación se dificultan, porque las partes buscan perpetuar la impunidad de sus acciones, con las respectivas consecuencias para la impunidad psicológica y el éxito o fracaso de la reconciliación. Los diferentes procesos de paz muestran que las sociedades no pueden vivir sin alguna forma de justicia y que las políticas de perdón y olvido son solo fórmulas transitorias en tanto se dan las condiciones para los juzgamientos.



Andrés Monroy Gómez.

Actividad 12

Para discutir

Tenga en cuenta cada uno de los mecanismos de justicia transicional descritos en este capítulo y considere su utilización en una transición de la guerra a la paz en Colombia, en particular la referente a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Explique cuáles mecanismos deben ser utilizados y cuáles no, y explique por qué en cada caso.

Glosario

Amnistía. Como nuevo juicio de valor sobre una conducta, algo que alguna vez fue considerado delito deja de serlo.

Comisiones de la verdad. Espacio por excelencia para la construcción colectiva de la verdad. Por medio de ellas se busca garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, imponiendo a los Estados la obligación de hacer todo lo necesario para averiguar la verdad de los hechos, determinar los responsables y el paradero de las víctimas, así como la obligación correlativa de no olvidar, esto es, de garantizar la no repetición de los actos mediante recordatorios de lo sucedido y de sus víctimas.

Indulto. Perdón del delito que extingue la responsabilidad penal.

Impunidad. En justicia transicional, imposibilidad de llevar a los violadores de los derechos humanos ante la justicia.

Frente Nacional. Mecanismo constitucional que garantizaba la alternancia de liberales y conservadores en el poder, como una forma de eliminar el enfrentamiento entre ambas colectividades, principal causa de la violencia de ese período.

Políticas de la transición. Medidas de política pública mediante las cuales se desarrollan mecanismos que permiten la estabilidad de la nascente democracia o de la nascente paz, incluso si ellas suponen la ausencia de justicia.

Material de apoyo

- *Ausencias* (Gustavo Germano). Exposición del argentino, que reúne la música y la fotografía como instrumentos de memoria. En línea: <https://www.youtube.com/watch?v=Cr-6byhIVZw>

Páginas Web

- “Juicios de crímenes de guerra” (Enciclopedia del Holocausto, United States Holocaust Memorial Museum, Washington, D.C.). Página sobre los juicios de Núremberg. En línea: <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10005765>
- *Verdad abierta.com*. Página sobre el “Conflicto armado en Colombia”. En línea: www.verdadabierta.com
- Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (España). En línea: <http://www.memoriahistorica.org/>
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) (Colombia). En línea: <http://www.memoriahistorica-cnrr.org.co/>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia). En línea: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/>
- Centro de Memoria, Paz y Reconciliación (Colombia). En línea: <http://centromemoria.gov.co/>

Referencias bibliográficas

Aoláin, Fionnuala Ní y Colm Campbell. "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies". *Human Rights Quarterly*, 27 (2005): 172-213.

Arthur, Paige. "How transitions reshaped human Rights: a conceptual history of transitional justice". *Human Rights Quarterly*, 31 (2009): 321-367.

Barahona de Brito, Alexandra et al. (eds.). *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Istmo, 2002.

Barsalau, Judy y Victoria Baxter. "The urge to remember. The role of memorials in Social Reconstruction and Transitional Justice". United States Institute for Peace, Stabilization and Reconstruction Series, núm. 5, enero de 2007.

Bassiouni, M. Cherif. *Post-conflict Justice*. Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2002.

Bell, Christine. "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the state of the Field or Non Field". *The International Journal of Transitional Justice*, 3 (2009): 5-27.

Bickford, Louis. "Unofficial Truth Projects". *Human Rights Quarterly*, 29 (2007): 994-1035.

_____. "The Archival Imperative: Human Rights and Historical Memory in Latin America's Southern Cone". *Human Rights Quarterly*, 21, núm. 4 (noviembre 1999): 1097-1122.

Booth, W. James. "The Unforgotten: Memories of Justice". *American Political Science Review*, 95, núm. 4 (diciembre 2001).

_____. "Communities of Memory: On Identity, Memory and Debt". *American Political Science Review*, 93, núm. 2 (junio 1999).

Brannigan, Augustine. "Humanitarianism and Realism in International Humanitarian Law". Ensayo de revisión. *Canadian Journal of Sociology*, 34, núm. 1 (2009).

Chapman, Audrey R. "Truth Finding in the Transitional Justice Process". En Hugo van der Merwe, Victoria Baxter y Audrey R. Chapman, *Assesing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*. Washington: United States Institute for Peace, 2009.

Comisión de la Verdad Palacio de Justicia. "Informe final de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia". Bogotá, diciembre de 2009.

Futamura, Madoka. *War Crimes and Transitional Justice. The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*. Londres: Routledge, 2008.

_____. "Individual and Collective Guilt: Post-war Japan and the Tokyo War Crimes Tribunal". *European Review*, 14, núm. 4 (2006): 471-483.

Gibson, James L. "Does truth lead to reconciliation? Testing the causal assumptions of the South African truth and reconciliation process". *American Journal of Political Science*, 48, núm. 2 (abril 2004): 201-217.

Gil Gil, Alicia. "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2005).

Guzmán, Germán et al. *La Violencia en Colombia*. Bogotá: Taurus, 2005.

Jelin, Elizabeth. "The Politics of Memory: the Human Rights Movements and the Construction of Democracy in Argentina". *Latin American Perspectives*, 21, núm. 2 (verano 1994).

Kgalema, Lazarus. "Symbols of Hope. Monuments as Symbols of Remembrance and Peace in the Process of Reconciliation". Arts and Peace, 1999.

Kritz, Neil J. *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. Washington: USIP, 1995.

Leebaw, Anne. "The irreconcilable goals of transitional justice". *Human Rights Quarterly*, 30, núm. 1 (2008): 95-118.

Osiel, Mark. "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity". *Human Rights Quarterly*, 22 (2000): 118-147.

Overy, Richard. "The Nuremberg trials: International Law in the making". En Philippe Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*. Cambridge University Press, 2003.

Posner, Eric y Adrian Vermuele. "Transitional Justice as Ordinary Justice". *Harvard Law Review*, 117 (2004): 761-825.

Teitel, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy". *Harvard Human Rights Law Journal*, 16 (2003): 69-94.

_____. *Transitional Justice*. Oxford University Press, 2000.

Uprimny, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

A

aborto: 267

criminalización: 270

liberalización parcial: 270

liberalización total: 269

Altas Cortes: 90, 138, 152, 153, 154, 157

Consejo de Estado: 91, 93, 150, 151, 161, 285, 410

Corte Constitucional: 17, 91, 150

creación de, primer año: 18-20

Corte Suprema de Justicia: 20, 91, 131, 150-160, 161, 410

asambleas departamentales: 85, 93, 96, 115, 179, 381

Asamblea Nacional Constituyente: 6-17, 22

composición de Congreso: 125, 126

mecanismo de transición: 464

modelo de Estado: 54

multiculturalismo: 301

B

banca central: 17, 375

política monetaria: 376

Banco de la República: 17, 56, 58, 128, 376, 384, 385, 398, 404

bienes públicos: 396, 415

bloque de constitucionalidad: 77, 80, 211, 454, 455

burocracia: 95-97

C

capitalismo: 32-41, 54, 205, 421, 422, 432

cárceles: 78

hacinamiento: 67

centralismo: 85, 86, 89, 92, 106

censo electoral: 169, 170, 182

ciudadanía democrática: 336

ciudadano del mercado: 419

derecho a la educación: 430

derecho a la igualdad: 430

derecho a la información: 430

derecho a la salud: 430

derechos de asociación y participación: 431

libertad de elegir: 429

cláusulas abusivas: 433, 436

Código

Civil: 204

de Comercio: 112

General del Proceso: 108

Penal: 252, 264, 267, 270, 455

de Policía: 111, 213

comisiones de la verdad: 471-474, 479

comunismo: 31, 32, 35, 53

conflicto armado

internacional: 470

narcotráfico: 5, 7, 12, 20

violencia, años 80: 4

violencia partidista: 8

concejos municipales o distritales: 93, 96, 115, 175, 180, 378, 381

Congreso de la República: 87, 88, 123-143, 174, 375, 379, 384

Cámara de Representantes, 87, 93, 126-143

comisiones constitucionales: 128

composición: 126

elección: 131

funciones: 77, 91, 93, 107, 111, 112

problemas: 95, 125, 157, 273, 285, 414

Senado: 126-143

trámites: 133

Consejo Superior de la Judicatura: 89, 91, 109, 161

Constitución Política

Constitución de 1886: 6

Constitución de 1991: 6

contractualismo: 28, 29, 32, 37, 43

contrato social: 28, 29

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: 453

consumo: 419-450

satisfacción de las necesidades: 435

construcción de la paz: 470

control fiscal: 93

Corte Penal Internacional: 453, 470, 471

Colombia: 456

cosa juzgada: 227, 234

costo de oportunidad: 395, 415

criterio de conexidad: 321, 360

Cruz Roja: 442, 444, 445, 449, 450, 452

Comité Internacional de la Cruz Roja: 442

D

debido proceso: 147, 222-236

derecho a la prueba: 232

derecho a un juicio justo: 230

derecho de defensa: 230

derecho a un abogado: 231

derecho a un intérprete: 231

Declaración

de los Derechos del Hombre y el Ciudadano: 69, 243
de Virginia: 69
Universal de los Derechos Humanos: 328

Defensoría del Pueblo: 17, 20, 77

funciones
defensa de los capturados: 213
divulgar y promover derechos: 91
organismo de control: 93

Democracia: 17, 25-44, 100

democracia comunista: 31, 33, 34
democracia colombiana: 85
burocracia: 97
jueces: 99
tensiones: 92
de mercado: 37, 39
directa: 178, 182
liberal: 7, 31
autogobierno: 31
libertad individual: 31
propiedad privada: 31
militante: 195, 196,
noroccidental: 39, 41
participativa: 17, 39, 95
democracia popular: 31
radical: 34
representativa: 140, 143, 182
socialista: 31, 33

Departamento Nacional de Planeación: 107, 317, 400, 415

Derechos: 65-80

derechos civiles

libertad: 76, 207-222
vida: 76, 259-277
dimensión biológica: 262, 265
vida digna: 266-274
propiedad: 49-52
igualdad: 288
test de razonabilidad: 289
integridad personal: 262, 264

derechos económicos, sociales y culturales: 316

carácter progresivo: 318
justiciabilidad: 320
derecho al agua: 328
derecho a la comida: 328
derecho a la educación: 335
finalidad: 336
derecho a la salud: 353
consecuencias económicas: 360
progresividad: 354
derecho a la vivienda: 328, 411

derechos fundamentales: 68-79, 318

Corte Constitucional: 77

derechos humanos: 67-80, 226, 241, 262,-274, 301, 463-479

derechos del capturado: 213
derechos de los consumidores: 428
derechos de las mujeres: 82, 83, 200, 285, 287
derechos de las víctimas: 196, 197, 200
derecho a un juicio justo: 231
derecho a un juez independiente: 231
derecho a un proceso sin dilaciones
injustificadas: 231
derecho a intervenir: 231
derecho a la prueba: 232
derecho a controvertir la evidencia: 233
derecho a la seguridad jurídica

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: 262

obligaciones de garantía: 263
obligación de respeto: 262
obligación de prevención: 264
derecho a la vida digna: 266, 273, 320

Derecho Internacional Humanitario - DIH: 439-460

aplicación: 445
principios y reglas: 447
principio de distinción: 450
principio de precaución: 450
principio de proporcionalidad: 450
protección de personas: 449
protección de heridos, enfermos y náufragos y de
detenidos y/o prisioneros de guerra: 449
restricción de métodos de guerra: 452

derechos de solidaridad: 75-78

descentralización: 85, 100, 120, 400

administrativa: 17, 113, 117
colaboración: 114
territorial: 86, 89, 113
de servicios: 89, 108, 113

desconcentración: 114

desigualdad: 27, 39, 55, 96

acceso a la justicia: 153, 154
fuentes: 283

explotación: 284
carencia de poder: 284
marginación: 284
violencia: 285
violencia simbólica: 284

índice Gini: 155

problema social, económico y político: 281

dignidad humana: 20, 51, 57, 70, 75, 195, 196, 210, 234,
250, 252, 320, 321, 326, 360

discriminación: 148, 196, 282

en la justicia: 148, 231
 inversa: 286, 287
 invisible: 284
 ley antidiscriminación: 196, 198
 mujer: 285
 racial: 283

discursos de odio: 196-197

distribución de recursos: 45-63, 153, 318, 357, 339, 400

diversidad: 14, 16, 35, 297, 298

derecho de diversidad: 76

diversidad cultural: 301

doble instancia: 90, 234

E

economía: 373-392, 393-418

Corte Constitucional: 410-414

efectos económicos de la Constitución de 1991: 398

macroeconómicos: 398

microeconómicos: 404

macroeconomía: 355, 375-390

microeconomía: 375-386, 398, 404

educación: 333-348, 408

deber: 339

derecho: 338

función social: 343

servicio social: 343

sanciones: 341

educación superior: 291, 320, 408, 409

Estado: 45-57

Estado benefactor o intervencionista: 48-50, 58-60, 318

Estado como mediador en la disolución de conflictos:

192, 193

estado de excepción: 17, 110-112, 120, 194, 445

estado de emergencia social: 63

Estado moderno: 28-30

Estado liberal: 48-55, 318

Estado Social de Derecho: 54-62

equidad: 415

gastos social: 406, 408

educación: 338

pensiones: 411

salud: 327, 356-358

vivienda: 411

eutanasia: 267, 273, 276

F

federalismo: 106, 107

Frente Nacional: 8

fuero

cargos públicos: 229

diplomático: 229

indígena: 229, 308

penal militar: 108

G

garantías procesales: 148, 227

acceso a la justicia: 148

debido proceso: 147

legalidad: 227

principio de favorabilidad

juez natural

presunción de inocencia: 230

carga de la prueba: 230

decisiones motivadas: 230

duda razonable: 230

excepcionalidad: 230

in dubio pro reo: 230

gasto pensional: 400, 411

gasto público: 52, 62, 326, 376, 381, 399, 400, 401, 406

gastos e ingresos públicos: 376

gasto social: 406

focalización: 407

inclusión: 408

incremento: 406

eficiencia: 407

sostenibilidad y límites: 409

gobierno

autogobierno: 28-33, 43

democrático: 31-33

del pueblo: 28

parlamentario: 106

por el pueblo: 28

guerra

derecho de la guerra: 439-459

crimen de guerra: 449-456, 459

vs. crímenes de lesa humanidad y genocidio: 454

justiciabilidad internacional: 452

Guerra Fría: 33, 35, 36, 201

privaciones: 442

Segunda Guerra Mundial: 31

H

***habeas corpus*:** 217-220

I

igualdad: 285-293

formal: 75

material: 75

impuestos: 379

a la canasta familiar: 382

a las ganancias: 17
al valor agregado - IVA: 382
recaudo: 113, 114
impunidad: 156-159, 467-478
individualismo: 55, 56, 69
indicadores sociales: 409
inflación: 274, 398
inversión social: 329, 380, 382
 Sistema General de Participaciones: 282
intervención del Estado: 36, 50, 198, 404
 humanitaria: 450, 451
 en el mercado: 48, 58, 375-376, 386, 404
 promoción de la igualdad: 287
 regulación: 404

J

juicios de Núremberg: 465
jurisdicción: 150
 constitucional: 149-152, 161
 contencioso-administrativa: 150, 161
 especial indígena: 229, 305, 308
 ordinaria: 150-152
 universal: 453
justicia
 acceso: 148, 153
 administración: 64
 competencia: 229
 penal: 470
 penal militar: 108
 justicia transicional: 463
 comisiones de la verdad: 471
 mecanismos: 468
 modelos: 469
 objetivos: 468
 políticas de transición: 464

L

liberalismo: 31-33, 52-60, 318
libertad: 241
 de expresión: 196
 individual: 143, 60, 192
 negativa: 142
 personal: 210
 privación de la libertad personal: 210
 detención preventiva: 214, 217
 orden de captura: 212
 retención transitoria: 213
 libertades políticas: 194
 libertad positiva: 242
 libertad social: 63

restricciones a las libertades: 193
 retención administrativa: 216
 retención transitoria en protección
 retención propia o de terceros en Comandos de la
 Policía: 216
 transitoria como acto de seguridad y de control del
 orden público: 217
libre desarrollo de la personalidad: 244-257
 menores de edad: 253
 medidas perfeccionistas: 245
 medidas de protección: 245

M

mayorías: 143
 absoluta: 143
 democrática: 97
 electoral: 170
 políticas: 106
 simple: 143
marxismo: 35, 42, 48-50
mercado: 35-40, 47-50, 62, 202, 373, 419-437
 falla: 55, 386, 389
 función: 272
 informales: 432
 prohibición o regulación de productos nocivos: 432
Ministerio Público: 92, 93, 198,
monopolio: 147, 386-387
movimientos sociales: 11,13, 19, 29, 22, 81, 176, 181, 185
 estudiantil de: 1989: 9, 10, 11, 21, 22, 31, 466
 indígena: 19, 31, 466
 de consumidores: 426
multiculturalismo: 295-311
 Constitución multicultural: 298, 301
 diálogo: 71

O

orden de captura: 212-220
 flagrancia: 212-220
orden público: 105-112, 210, 216, 217, 291
organismos de control: 20, 90-93, 139, 378

P

paradoja colombiana: 6-7
paternalismo: 197-205
 paternalismo libertario: 200
participación: 165-172
 directa: 94, 180-183
 consulta previa: 76, 302-304
 consulta popular: 179, 182
 iniciativa popular: 179

plebiscito: 179
 revocatoria de mandato: 180
 referendo: 168
 política: 7, 96, 169
 representativa: 169
 cabildo abierto: 180, 182
pena de muerte: 263, 276, 307
período legislativo ordinario: 176
pluralismo: 242
 étnico: 299
 político: 15
población desplazada: 322
poder
 del pueblo: 30
 del Estado-nación moderno: 30
 constituyente: 30
 constituido: 30
políticas económicas: 287
política fiscal: 377
 presupuesto público: 378
 régimen presupuestario: 377
política pública
 económicas: 388
 salud: 264
potestad reglamentaria: 110, 111, 120
pobreza extrema: 51, 281, 320, 407, 414
principio de legalidad: 227-230, 233, 381
presupuesto: 389
proceso de paz
 Virgilio Barco: 5, 7
 FARC: 479
 M-19: 5-16
 Movimiento Armado Quintín Lame: 16, 464
 PRT: 16, 464
procedimiento legislativo: 125, 133, 134, 135
Producto Interno Bruto - PIB: 276
proyecto de ley: 131, 134-137, 379
propiedad
 función ecológica de la propiedad: 203
 función social de la propiedad: 202
 propiedad colectiva: 36, 302,
 propiedad individual: 36
 propiedad privada: 32, 34, 35, 201, 203
protección de los consumidores: 426
 acciones: 433
 contractual: 432
 poscontractual: 433
 preliminar: 432
publicidad engañosa: 424, 430,
pueblos indígenas: 17, 174, 287-322

R

Ramas de poder

Ejecutiva: 86, 88, 103-120
 Judicial: 86, 89, 91, 145-160
 Legislativa: 86, 87, 123-142
 función de control político: 138
 función jurisdiccional: 138
 función electoral: 139
 período legislativo ordinario: 176
 Separación de poderes: 86, 87, 149

referendo: 168, 177, 181

reforma

constitucional: 22
 a la justicia: 156-160
 institucional: 3, 4, 6
 tributaria: 382
 al sistema de salud: 360-365

reelección: 115, 117, 126, 140, 157

régimen del gasto público: 381

gasto corriente: 281
 inversión pública: 281
 incremento: 399

régimen de los ingresos públicos: 379

régimen jurídico presupuestal: 378

Ley Anual de Presupuesto: 378, 382, 384
 Ley Orgánica de Presupuesto: 378, 282, 384
 Plan Nacional de Desarrollo: 378, 382, 384

república unitaria: 85

reserva judicial: 210-211

restricción de presupuesto: 274, 395, 396

Revolución

Cubana: 21
 Francesa: 34
 Industrial: 33, 49, 50

S

Séptima Papeleta: 9-11

servicios públicos: 56, 58, 105, 113, 265, 319, 377, 383, 385

régimen: 387-388

sistema electoral: 170

sistema de salud: 358

Empresa Prestadora del Salud - EPS: 273-274, 326-327, 358-368
 Institución Prestadora de Salud - IPS: 361
 reforma: 364, 365

soberanía: 28-31, 42, 300

socialismo: 32, 35, 50, 53, 55

sociedades de consumo: 421

sociedad del espectáculo: 425

sostenibilidad fiscal: 319, 407, 409

T

tratados internacionales

- Convención Americana de Derechos Humanos - OEA: 211
- Convenio de Ginebra: 442
 - Protocolos Adicionales de 1977: 448
- Estatuto de Roma: 453-455
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 328, 352
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas: 211
- Pacto de San José: 211

tributos: 379

- empresas: 380
- individuales: 380
- principio de equidad: 380
- principio de eficiencia: 380
- principio de progresividad: 380
- principio de irretroactividad: 381
- principio de legalidad: 381

- tutela:** 18, 30, 89, 241, 410
 - educación: 340
 - salud: 360

U

- Umbral: 171-175
- Utilitarismo: 51, 93, 285

V

- vía de hecho:** 215

violencia

- intrafamiliar: 201
- política: 5-20

voto

- en blanco: 175
- preferente: 175



Este libro se
imprimió en el 2015,
35 años después de que el
Comité Ejecutivo de la Universidad
de los Andes, en el Acta del 13 de
febrero de 1980, aprobara la creación de
Ediciones Uniandes. Han sido 35 años de
sostenida producción editorial de títulos
de carácter científico, artístico y cultural,
en los que hemos pasado de las
galeradas y las pruebas azules a la
impresión digital y el libro
electrónico.