

Una mirada a la jurisdicción especial para la paz y otros estudios de derecho constitucional



**Jorge Eliécer
Laverde Vargas**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Una mirada a la jurisdicción especial para la paz

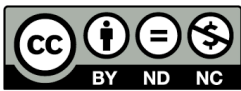
Una mirada a la jurisdicción
especial para la paz
y otros estudios de derecho constitucional

JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-83-4
ISBN edición impresa: 978-958-8968-84-1

© JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS, 2018
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018
Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: PIXELLEO. *Map of the world painted on hands, isolated on black*, Referencia de la foto 166491450.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

*Al gran creador, a mi familia, a mi amada esposa OLGA LUCÍA
por su sacrificio, lealtad y comprensión en todos estos años y
al amor que le brindas a nuestra hija para ser feliz.*

*A mí cómplice y amada MARÍA CAMILA,
tú eres el gran motivo de todos mis días.*

*A mis amadas madre y abuela YASMÍN y GLADYS,
por enseñarme el verdadero amor, la
constancia y las ganas de salir adelante.*

*A mi hermano FABIO, una parte de mi vida
que me apasiona para que todo sea posible.*

*A todos los amigos que me han acompañado,
con sus consejos, comentarios y buenas propuestas.*

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO PRIMERO	
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. UN ESTUDIO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y DEL MODELO DE PESOS Y CONTRAPESOS	19
I. Sustitución de la Constitución	22
II. Jurisdicción Especial para la Paz	31
III. Justicia Especial para la Paz y sustitución constitucional	37
BIBLIOGRAFÍA	57
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO UN VICIO DE FORMA EN LA TEORÍA DE RONALD MYLES DWORKIN	61
BIBLIOGRAFÍA	74

CAPÍTULO TERCERO	
EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS ACUERDOS ESPECIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	77
INTRODUCCIÓN	77
I. El bloque de constitucionalidad	79
II. Acuerdos especiales en el marco del derecho internacional humanitario	89
III. Ingreso de los acuerdos especiales al bloque de constitucionalidad	98
BIBLIOGRAFÍA	107
CAPÍTULO CUARTO	
LA CORTE CONSTITUCIONAL, LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y LA CONEXIDAD	113
I. Interpretación exegética	121
II. Interpretación sistemática	122
III. Interpretación sociológica	126
IV. Principios de la interpretación constitucional	128
A. Derecho a la salud como derecho fundamental	134
B. Derecho a la vivienda digna como derecho fundamental	136
C. El derecho pensional como derecho fundamental conexo	138
BIBLIOGRAFÍA	140

CAPÍTULO QUINTO	
JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD	145
INTRODUCCIÓN	145
I. El derecho a la vivienda digna desde el análisis de una jurisprudencia	147
A. Hechos	147
B. Cargos planteados por el actor	149
C. Problema jurídico a resolver	151
D. Consideraciones y análisis de los argumentos	152
1. El artículo 59 de la Ley 1537 de 2012 como normativa adscrita al goce efectivo de la vivienda digna	152
2. Principio de progresividad y prohibición de retroceso	160
3. La derogatoria del artículo 59 de la Ley 1537 de 2012 medida, carece de justificación por parte del legislador	167
CONCLUSIONES	168
BIBLIOGRAFÍA	173
CAPÍTULO SEXTO	
LA PONDERACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ABUSO DEL DERECHO	177
I. Sub principio de idoneidad	183
II. Sub principio de necesidad	185

III. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto	188
IV. Conclusión respecto de la proporcionalidad	191
V. La lógica de los derechos en el análisis del caso	193
VI. Criterio de imputabilidad o título de imputación que se utilizó en el caso	199
 BIBLIOGRAFÍA	 204
 CAPÍTULO SÉPTIMO	
TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A PARTIR DE “LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN ACCIÓN”, DE JOSÉ LUIS MARTÍ	207
I. Teoría de la democracia deliberativa	211
II. Reformas constitucionales y estructura básica de la República deliberativa	213
A. Sistema parlamentario, de preferencia al sistema presidencial	213
B. ¿Qué pasa con los derechos humanos?	216
III. La rigidez constitucional y el control de constitucionalidad	223
IV. Pertinencia del análisis de MARTÍ	235
 BIBLIOGRAFÍA	 237
 EL AUTOR	 239

PRÓLOGO

Colombia ha sufrido más de cinco décadas de conflicto, violencia y dolor que han desangrado al país. Con el Acuerdo Final de Paz se perfila una historia nueva, que de alguna manera significa una esperanza para los ciudadanos.

En efecto, en marzo de 2012 se inició la denominada “fase exploratoria” de los diálogos de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo –FARC-EP–, hasta hace poco más de un año. Tal grupo armado al margen de la ley, en medio de una actitud de reflexión decidió ser parte de esas conversaciones iniciales. Con posterioridad a esa fase, se emitió por el Congreso el Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, por medio del cual se establecieron instrumentos jurídicos de *justicia transicional* en el marco del artículo 22 de la Constitución Política. Más adelante, en el mes de agosto de 2012, como logro del encuentro exploratorio llevado a cabo en la La Habana, se firmó el –para ese momento– denominado *Acuerdo General* entre el

Gobierno Nacional y las FARC-EP, mismo que se constituyó en el precedente para instalar el 18 de octubre de 2012 la mesa de diálogo en la ciudad de Oslo, Noruega, para luego continuar con las negociaciones en La Habana, lugar elegido como sede principal de las negociaciones.

Después de poco más de cuatro años de diálogos, negociaciones y debates, ya para el 24 de agosto de 2016 se firmó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, cuyos fundamentos se describen a partir de seis ejes temáticos, entre los que se encuentran la reforma rural agraria, la participación política, el fin del conflicto, el narcotráfico, las víctimas del conflicto y finalmente la implementación, verificación y refrendación.

Cumplido lo anterior, el Gobierno en ejercicio de sus facultades, decidió acudir al mecanismo del plebiscito para procurar un ánimo social general y participativo, mecanismo que como resultado arrojó una respuesta negativa a la pregunta de terminar el conflicto y construir una paz estable y duradera, lo que obligó al Gobierno a iniciar un “diálogo público nacional” concretado a partir de la realización de reuniones permanentes con los denominados voceros del “no” y a exponer nuevas propuestas. Así, fueron planteadas a la mesa de negociación 500 alternativas para lograr un nuevo acuerdo, el cual, una vez elaborado, se firmó por las partes el 24 de noviembre de 2016 y se refrendó por el Congreso los días 29 y 30 de noviembre del mismo año¹.

1 Para conocer en detalle el desarrollo de los diálogos, su refrendación y el análisis de constitucionalidad de esta última, ver Sen-

Con la firma del Acuerdo Final para la Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC –ahora partido político– se abrió el camino para que el país, las instituciones, la sociedad y los integrantes del ex grupo combatiente lejos de las armas, recorran nuevos caminos y reconozcan en el ordenamiento jurídico los mecanismos reguladores de conflictos e inconformidades, que si bien por sí mismos no logran la paz, sí aportan con superlativa importancia a su conquista.

En ese escenario, como en todos los conflictos armados terminados en el mundo, la justicia transicional se constituye en el elemento fundamental, necesario e inescindible que permite dar el paso entre el antiguo modelo de interacción armada y el reconocimiento de la legitimidad del Estado y del ordenamiento jurídico².

En la nueva comprensión de los acontecimientos recientes, ha cobrado esencial importancia el análisis sobre la existencia de cláusulas pétreas en la Constitución de 1991 y su posibilidad reformativa, todo lo cual se ha analizado por el órgano de cierre en lo constitucional a partir del llamado “juicio de sustitución”; tal tema ha generado intensos debates entre los especialistas y por ello debe celebrarse que el autor del texto que tiene a mano el lector, evidencie aristas

tencia C-160 de 9 de marzo de 2017, M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-160-17.htm>].

2 En efecto, hoy se sostiene cómo las transiciones son necesarias en los tránsitos hacia democracias estables. Ver ROLDÁN JIMENO ARANGUREN (dir.). *Justicia transicional: historia y actualidad*, Madrid, Aranzadi, 2017, p. 66.

jurisprudenciales actualmente existentes sobre este aspecto, a la manera de una *estado del arte*, todo ello a la luz del principio de separación de poderes y del modelo de frenos y contrapesos.

El resultado de los extensos diálogos que se concretaron en la firma del acuerdo final, muestran la necesidad y clara intención de las partes de crear un nuevo tribunal, encargado de concretar ese modelo transicional, teniendo entonces una temporalidad demarcada que se enfoca, en especial, en la consecución de verdad, justicia, reparación y retribución de las víctimas; así mismo, se entrega la posibilidad al victimario de reconciliarse con el Estado, el ordenamiento jurídico, la sociedad y sus víctimas.

El trabajo que hoy presenta a la comunidad académica JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS, da cuenta al lector del cambio de paradigma entre la interacción violenta y la nueva interacción democrática, lo que les permitirá a los ex miembros de las FARC-EP, ahora constituidos como partido político, usar las ventajas que ofrece el diálogo democrático. El contenido del libro que se presenta, bien dibuja el reto al que se enfrenta el país y todos sus actores, cuando menos para los próximos 20 años, durante los cuales deberá decantarse la transición de las más de cinco décadas de confrontación armada al nuevo modelo en el que la verdad, la justicia, los derechos fundamentales, podrán ser atendidos con mayor ahínco, sin la necesidad de la interacción violenta.

El autor responde a una necesidad inminente: que todos los actores políticos, judiciales y sociales estudien los instrumentos diseñados para que el proceso

de construcción de la paz, con vocación de estabilidad y permanencia, se consolide de manera pronta y pacífica.

El presente libro tiene una intención decidida de cumplir la tarea de exponer teóricamente fundamentos y herramientas que le permitan al lector complementar su patrimonio académico, su juicio e, incluso, su pensamiento crítico en relación con el esquema jurisdiccional imprescindible para alcanzar las principales metas del acuerdo.

La lectura de documentos pedagógicos como este libro, refleja que los espectadores de la obra han asumido con responsabilidad los desafíos que nos impone la nueva visión de país. De igual manera, puede asumirse que una de las preocupaciones inmediatas del lector es conocer los mecanismos con los cuales cuentan todos los ex actores del conflicto, las víctimas y la sociedad misma para lograr el cometido común de avanzar en los ideales democráticos y constitucionales.

En buena hora el lector tiene en sus manos el desarrollo de una juiciosa labor de investigación, análisis y estudio sobre tan actual y, a la vez, histórico tema, una propuesta –como pueden existir otras– de la forma en la que debe concretarse esa transición. La presente es pues una iniciativa que merece celebración y aliento de la comunidad. Uno puede estar de acuerdo o en desacuerdo con lo que se escribe –de hecho, quien plantea este prólogo, no acuerda con la totalidad de las opiniones aquí decantadas–. Empero lo que ha de celebrarse es que la academia invierta sus mejores esfuerzos en construir conocimiento, pues solo de esa

manera puede decantarse un *corpus* conceptual que permita un acercamiento reflexivo a la profunda problemática que ahora empieza su andadura, conocida como el posconflicto.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Corte Constitucional de Colombia

CAPÍTULO PRIMERO
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y
SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.
UN ESTUDIO A LA LUZ DEL PRINCIPIO
DE SEPARACIÓN DE PODERES Y DEL
MODELO DE PESOS Y CONTRAPESOS

La sustitución de la Constitución es una figura con amplísimas aristas doctrinarias en su conformación, que aún hoy día no termina de enriquecerse con el amplio desarrollo que la Corte Constitucional colombiana se ha encargado de darle en sus elementos definitorios y sobre los raceros para determinar la comprobación de dicha hipótesis doctrinaria. Esto ha implicado esfuerzos de gran envergadura, dado que no ha sido sencillo delimitar aquella frontera entre la reforma y la sustitución de la Constitución.

En los últimos años, el concepto ha tenido una relevancia evidente, puesto que el Congreso de la República ha consolidado reformas estructurales sobre asuntos esenciales de la fisonomía de la Constitución. Ahora, este ambiente coyuntural que se ha generado

debido a las negociaciones con el grupo insurgente denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– ha tenido como resultado un número considerable de reformas constitucionales, en aras de propender por la materialización de los acuerdos, como resultado de las negociaciones de La Habana, Cuba tanto previas como posteriores al proceso de implementación de los acuerdos.

Lo anterior ha despertado controversias que son notorias, dada la connotación política que trae de suyo este tipo de negociaciones; pero más allá de ello, existen discusiones en lo jurídico que plantean análisis profundos con relación a nuestra Carta Política del 91 y sobre los límites materiales de reforma constitucional a los que tiene que ceñirse el poder constituido al momento de desencadenar su facultad de modificarla. Al entender la naturaleza misma del Congreso de la República, es más que evidente que se hace necesario precisar unos linderos concretos con relación al margen de acción reformativo, en aras de salvaguardar unos mínimos de estabilidad institucional.

No queriendo decir, por supuesto, que al Congreso le están vedadas sus atribuciones de reformar aspectos trascendentales del compendio normativo constitucional, sino que más bien debe tener en cuenta aspectos mínimos que no desborden las competencias que el constituyente primario –el pueblo– le ha otorgado como órgano de representación popular por excelencia. En este sentido, la Corte ha tenido la imperiosa obligación de codificar, en menores grados de abstracción, aquellas situaciones que pueden considerarse atentatorias del orden constitucional, por

constituir no solo una reforma, sino una sustitución parcial o total de la Carta, elaborando además un juicio de sustitución que difiere de manera sustancial con el cotejo constitucional que se realiza para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Así pues, los embates no son de poca monta con relación a las consecuencias jurídicas de los actos expedidos por el Congreso, mucho más con las reformas que han sobrevenido, se reitera, por las conversaciones de La Habana. En particular en lo atinente a la Jurisdicción Especial para la Paz –JEP–, y los mecanismos abreviados de reforma constitucional y de expedición normativa (*fast track*). Cabe señalar que en relación al presente escrito, nos ocuparemos del primer punto, la Jurisdicción Especial para la Paz.

La creación de una jurisdicción paralela al sistema de administración de justicia constituido en la Carta Política, genera un escozor evidente en distintos sectores políticos del país e incluso, en las mismas Cortes de cierre, por considerarlo una intromisión de peso en sus competencias, en especial, tratándose de la Corte Suprema de Justicia. La creación de este tipo de tribunales *ad hoc* no es nueva en el hemisferio, no será la primera ni la última vez que se recurre a ellos, pero comporta serios interrogantes al momento de plantearnos la consistencia constitucional de su creación en el marco de la implementación de un sistema de justicia transicional. Hay que tener en cuenta, en el trámite analítico sobre la materia, el contexto que envuelve la creación de este nuevo aparato jurisdiccional para la terminación del conflicto, puesto que

implica la asunción de un racero interpretativo acorde con la coyuntura.

Ahora bien, el objetivo un poco complejo de este escrito, consiste en realizar un breve análisis sobre la sustitución de la Constitución y la JEP, en aras de determinar elementos conceptuales que puedan conducirnos a conclusiones precisas en este marco teórico y, del mismo modo, esclarecer un poco el panorama en la materia, contrastando esta realidad con el principio de separación de poderes y el modelo de pesos y contrapesos propio de su estructura. Todo esto con los niveles de objetividad jurídica posibles que demandan un ejercicio analítico de tal envergadura. En primer lugar, nos adentraremos en el concepto de sustitución, luego, se nombrarán de manera breve los elementos constitutivos de la JEP y por último, se realizará un breve análisis con relación a la incidencia de la JEP en la figura de la sustitución a la luz del principio de separación de poderes y del modelo de pesos y contrapesos.

I. SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Corte Constitucional tiene límites muy precisos sobre el control de los actos reformatorios de la Constitución. La carta política es clara en establecer que la Corte tiene la facultad para decidir “sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por

vicios de procedimiento en su formación”¹. Por ende, la materia del acto legislativo no puede ser objeto de estudio por parte de la Corte, esto en el entendido de que cualquier modificación implica *per se* la aceptación de una normativa distinta a la ya existente, pues como su nombre lo indica, es un acto reformativo, es decir, que de entrada siempre existirá una disposición contraria a su contenido.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad sobre la materialidad de los actos que pretendan reformar la Carta está vedado para este tribunal. No obstante, es necesario interpretar sistemáticamente el artículo 241 de la Carta con el artículo 379 que dice: “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los *requisitos* establecidos en este título” (itálica fuera del texto original), de lo cual –ha entendido la Corte– hace parte la competencia del órgano con facultades para expedir reformas de este talante.

Es así que la extralimitación de las competencias otorgadas por la Carta al poder constituido para reformar, evidencia un vicio en el procedimiento que se instituye como causal, suficiente para declarar la inexecutable de la disposición demandada². Hay

1 Numeral 1, artículo 241, *Constitución Política de la República de Colombia*, Bogotá, Legis, 1991.

2 Ver en materia de constituyente originario y derivado: CARL JOACHIM FRIEDRICH. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1946, capítulo VIII.

que ser muy precisos en esta materia, dado que no está en discusión la facultad reformativa de la Constitución en cabeza del constituyente derivado: lo que está prohibido, con base en el ordenamiento constitucional, es la sustitución, transformación o reemplazo de la Carta Política, atribución exclusiva del Constituyente Primario³.

Ahora, es preciso un mayor nivel de cautela, pues no pocos han entendido que los problemas referentes a la competencia son un vicio que va más allá de lo procedimental, incluso la Corte ha sentado una posición en ese sentido⁴; sin embargo, la Corte no ha erradicado el carácter formal de los vicios de competencia y se ha permitido aclarar que este tipo de deficiencias constituyen algo así como una mixtura y que pueden ser tenidos en cuenta al momento de desatar un juicio de constitucionalidad sobre actos reformativos de la Constitución.

Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado de manera reiterada que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que

3 Sentencia C-285 de 1.º de junio de 2016, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm>].

4 “En ese sentido, por ejemplo, constituyen vicios materiales la violación del principio de unidad de materia, el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria u orgánica o los problemas de competencia en cuanto ésta constituye un presupuesto esencial para acceder a las formas legales”, Sentencia C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>].

el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable⁵.

En una interpretación teleológica de la disposición que atribuye la competencia a la Corte para efectuar juicios de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Constitución, en sus aspectos procedimentales y de forma, no tendría sentido alguno sino se impusiere la obligación de verificar si el órgano que expide la reforma es el competente para tal efecto.

Lo anterior guarda coherencia lógica y necesaria con la finalidad que le fue atribuida al tribunal constitucional de ser el máximo guardián de la Carta Política. De esta manera, aun cuando parte de su jurisprudencia haya reconocido que los vicios de competencia, en ciertos aspectos, constituyen también un vicio material, dicha aseveración no puede seguirse de manera irrestricta, de forma que cercene la obligación de la Corte de salvaguardar la norma constitucional. Pues como afirmamos antes, el único poseedor de la facultad de sustituir o reemplazar aspectos axiales de la normativa superior es el poder constituyente primario.

En este orden de ideas, es imperioso que el Congreso de la República, en el ejercicio de su competencia reformadora, no exceda los límites materiales precisos que la Constitución ha establecido para el ejercicio de aquella facultad. De tal suerte que en caso de que exis-

5 Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>].

ta un vicio en el despliegue de la aptitud reformadora del Congreso, se configura un vicio de procedimiento ineludible, más allá de que el trámite de dicho acto jurídico no tenga ningún reparo. Lo que no implica un juicio sobre la materialidad, puesto que no lleva ínsito un cotejo con la normativa constitucional, que por lo dicho en párrafos anteriores, carecería de sentido alguno pues su contradicción siempre sería evidente.

Cabe señalar que esto no puede malinterpretarse en el sentido de impedir al Congreso de la República el despliegue de su poder reformatorio, menos aún, que se llegase a entender que existen cláusulas insustituibles al interior de la Carta Política, por el contrario, implica el reconocimiento de competencias exclusivas en cabeza de distintos actores del entramado constitucional, así como el respeto y la salvaguarda de la Constitución cuando se pretende sustituir o reemplazar aspectos transversales que sustentan la Carta, a manos de quienes no están facultados para ello.

La diferencia insoslayable entre la reforma y la sustitución constitucional establece linderos competenciales minuciosos entre los distintos organismos que cuentan con la facultad reformadora.

(L)a sustitución exige que el cambio sea de tal magnitud y trascendencia material que transforme a la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta. En la sustitución no hay contradicción entre una norma y otra norma sino transformación de una forma de organización política en otra opuesta⁶.

6 Sentencia C-1200 de 9 de diciembre de 2003, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>].

Por consiguiente, los mecanismos que tiene el Congreso en esta materia no tienen ni pueden tener la idoneidad para desatar tal consecuencia, además, a quien compete en últimas es al pueblo colombiano.

En la misma tesitura, tampoco ha sido empresa sencilla la definición de los elementos axiales de la Carta Política: no existe una lista que totalice⁷ con precisión los principios transversales que fundamentan la normativa constitucional y la pretensión de la Corte tampoco se dirige en esa dirección. Errado sería que existiera un listado de estos contenidos que excluyera de tajo pretensiones argumentativas futuras que pudieran poner a consideración elementos estructurales, en atención a las dinámicas del día a día de una sociedad como la colombiana. En consecuencia, la determinación de cada elemento que pueda fundamentar un juicio de sustitución requiere una amplia carga argumentativa, pero la puerta se encuentra abierta al análisis con relación al carácter fundante del principio endilgado para sustentar el juicio.

De otro lado, la Corte Constitucional ha estructurado un test de sustitución que está compuesto de la siguiente manera:

7 “En la medida en que el propio texto constitucional no contiene un catálogo de principios axiales inmodificables, y en la medida en que por este motivo el parámetro de validez de las reformas debe ser definido y construido por el propio juez constitucional en cada caso, la Corte se convierte en un ente que crea y aplica al mismo tiempo las normas superiores en las que se sustenta el escrutinio judicial, y por esta vía se ‘desvanece la legitimidad propia de su labor judicial’”, Sentencia C-285 de 2016, cit.

En primer lugar la premisa mayor (i) en donde se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; en segundo término la premisa menor (ii) en donde se analiza si éste elemento reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, la premisa de síntesis (iii) en donde se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles⁸.

El tribunal ha sido enfático en precisar la particularidad de este juicio y la necesidad de establecer unas fronteras precisas como otro tipo de controles que pueden generar confusión.

De esta manera, el juicio de sustitución no puede confundirse con uno de *intangibilidad* o de *violación material del contenido de la Constitución*. Pues precisamente el componente definitorio de su naturaleza es la búsqueda de incompatibilidad entre la reforma y un elemento esencial del estandarte constitucional, por ese motivo, no es factible encontrar aquel principio –sustento del control de sustitución– en un articulado aislado de la Carta Política. En ese orden de ideas, la Corte exige varias referencias normativas que fundamenten el principio sustituido o reemplazado. Al respecto dice la Corte:

8 Sentencia C-574 de 22 de julio de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>].

... al exigir múltiples referencias normativas se impide que el eje definitorio quede reducido a un artículo aislado de la Constitución y que ese artículo resulte transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual la Corte proceda a realizar un juicio de contradicción material totalmente ajeno al juicio de sustitución⁹.

En este sentido, el principio axial no se encuentra en la “superficialidad” de la Carta, sino que se instituye como un elemento genérico sustento de todo o de parte de la normativa superior. Así, el juicio de sustitución exige una fuerte carga argumentativa que evidencie el principio transversal vulnerado y su eventual trasgresión sin caer de manera apresurada en un juicio insulso de contradicciones normativas, lo cual supone un yerro en la formulación de un cargo de sustitución. Ahora, es importante tener en cuenta que la sustitución constitucional es una figura que puede ser temporal, parcial, total o definitiva.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional la sustitución parcial se presenta cuando hay una transformación trascendental de alguno o algunos de los componentes o ejes definitorios de la Constitución, lo cual la convierte en algo diferente. En cambio, la sustitución total se refiere a todo el diseño constitucional –a la Constitución como un todo–. La sustitución también puede ser temporal o definitiva. La primera ocurre cuando se deroga en forma temporal uno de los ejes definitorios, lo cual transforma la identidad de la Carta Política y la hace irreconocible por un lapso

9 Ídem.

de tiempo, mientras que la segunda afecta de manera permanente ejes esenciales de la Constitución¹⁰.

De este modo, podemos concluir que la figura de la sustitución constitucional contiene precisas diferencias con el ejercicio de la facultad de reforma. Además, esta se configura cuando se pretende reemplazar un principio axial o transversal de la Carta y que a su vez, dicha sustitución puede darse de manera total, parcial, temporal o definitiva. También es importante resaltar que no existe un catálogo que estipule aquellos estandartes fundamentales de la Carta, que por lo tanto corre a cargo del accionante la identificación y la sustentación del carácter axial del principio con el cual pretende el reconocimiento de la pretensión sustitutiva. En lo que respecta al juicio de sustitución, éste no puede confundirse de ninguna manera con juicios de intangibilidad o con el contraste material de una normativa con el contenido de la Constitución, menos aún, pretender que un artículo se encuentra en principio señalado para sustentar el juicio, pues esto comporta una diferencia esencial con los demás mecanismos de control: el principio cuya transversalidad se predica, no puede estar contenida en una sola disposición constitucional, esta tiene que emanar de distintas normativas constitucionales.

10 Sentencia C-577 de 6 de agosto de 2014, M. P: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>].

II. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

La Jurisdicción Especial para la Paz fue producto de un momento de inflexión histórico en el que convergieron las voluntades de paz de dos partes en conflicto, de un lado, el Estado colombiano y del otro las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–. En el marco de la justicia transicional se acordó, en aras de garantizarle a las víctimas el reconocimiento de los derechos de los que son acreedores por su condición de tales, la implementación de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, dentro del cual está inserta la Jurisdicción Especial para la Paz:

Constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una sala de amnistía e indulto, y un tribunal para la paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario¹¹.

Esta jurisdicción tendrá la misión de investigar y sancionar las conductas que se cometieron con ocasión del conflicto armado interno y que sucedieron de manera anterior a la entrada en vigencia del acuerdo final de La Habana. Tendrá un carácter temporal de 15 años. Diez para llevar a cabo la etapa de acusación y

11 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 24 de noviembre de 2016, punto 5.1, p. 127, disponible en [<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>].

cinco más para la etapa de juzgamiento, prorrogables para efectos de concluir la actividad jurisdiccional. Serán sometidos a la JEP todos aquellos que hayan tenido participación directa o indirecta en el conflicto armado, haciendo la salvedad de que los miembros de la fuerza pública tendrán un tratamiento diferencial en algunos aspectos, pero en todo caso, el trato debe ser simétrico, equitativo y simultáneo con los demás que hagan parte de esta jurisdicción especial. La JEP, en el marco de la justicia transicional, pretende a través de la imposición de penas alternativas garantizar el reconocimiento de los derechos de las víctimas en la mayor medida posible. De esta manera, para ser partícipe del tratamiento especial de la JEP es necesario contribuir aportando la mayor cantidad de verdad posible, reparar a las víctimas y asumir medidas tendientes a garantizar la no repetición. De acuerdo con estos requisitos, el Tribunal Especial para la Paz procede a graduar la pena en consonancia con la gravedad de los delitos cometidos por el procesado, siempre en procura del reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto, que para el caso colombiano se cuentan por millones.

El modelo de justicia que adopta la JEP es de carácter restaurativo y reparador, más allá de las rencillas que pudieran generarse sobre la naturaleza de las penas y del carácter de aquellas, lo cierto es que aquella justicia netamente retributiva está casi ausente del sistema de integral de justicia. Las conductas que serán objeto de este componente del sistema integral son aquellas sobre las cuales no hubiese podido aplicarse la figura del indulto y de la amnistía, en general,

aquellas conductas que no pudieran calificarse como políticos o conexos a éstas; de igual manera, la JEP tendrá competencia para revisar las sanciones administrativas, disciplinarias o pecuniarias que se hayan impuesto con ocasión de conductas relacionadas con el conflicto, siempre a petición de parte.

Esta jurisdicción especial está compuesta por: 1. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; 2. Tribunal de Paz; 3. Sala de amnistía e indulto; 4. Sala de definición de situaciones jurídicas; y 5. Unidad de investigación y acusación.

La sala de reconocimiento tendrá la atribución de decidir si las conductas que serán sometidas a consideración de la JEP guardan una relación directa o indirecta con el conflicto. En cuanto a la sala de definición de situaciones jurídicas, tendrá la función de definir qué personas podrán ser cobijadas por el indulto o la amnistía y de otro lado, quiénes tienen que comparecer ante el Tribunal de Paz para esclarecer su responsabilidad. La unidad de investigación y acusación tiene la labor de acusar ante el Tribunal de Paz a las personas que se encuentren involucradas en los casos que le son remitidos para su estudio, siempre y cuando exista mérito para ello.

De manera consiguiente, el Tribunal de Paz que se instituye como órgano de cierre de la JEP, será el encargado de determinar responsabilidad en cada caso concreto que sea puesto a su conocimiento. Estará integrado por diferentes secciones, una de primera instancia en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; otra, que también avocará conocimien-

to en primera instancia en casos en donde no exista un reconocimiento exhaustivo de la verdad. Por otro lado, el tribunal contará con una sección de revisión de sentencias sobre casos que ya hayan hecho tránsito a cosa juzgada a petición del interesado. Por último, contará con una sección de apelaciones que será la encargada de resolver las impugnaciones a las sentencias de primera instancia.

Adicional a ello, existirá un componente de verificación que trabajará de forma coordinada con la oficina del Alto Comisionado para la Paz para los derechos humanos, que tendrá como tarea esencial la verificación del cumplimiento de las sentencias y pronunciamientos emitidos por la JEP, así como también ejercer un monitoreo constante en los lugares en donde los hallados responsables deban cumplir las penas impuestas a razón de sus delitos. Junto con ello, se verificará la adopción de mecanismos necesarios para salvaguardar la vida e integridad física de aquellos que hubieren sido condenados.

En cuanto al sistema de sanciones, quizás uno de los puntos que causa un poco más de escozor por la opaca posibilidad de concreción de las penas restrictivas de la libertad en establecimientos carcelarios, se tiene que las penas a imponer responderán al análisis de los siguientes criterios: 1. El grado de verdad otorgado por la persona; 2. La gravedad de la conducta sancionada; 3. El nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad; y 4. Los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición.

De lo anterior pueden derivarse tres tipos de sanciones. Primero, las sanciones propias del sistema que se efectuarán en el evento de que el procesado reconozca de manera exhaustiva la verdad y tendrán un carácter restaurativo y reparador. Podrán llevar anexas las restricciones al ejercicio de ciertos derechos y a su vez, no se materializará en recinto carcelario alguno. Estas se verán reflejadas en la participación de programas restauradores, tanto de los derechos de las víctimas como en otras esferas, a saber, el tema medio ambiental. También tendrán como finalidad ineludible construir de manera armónica ese compendio de garantías de no repetición del conflicto.

En otro sentido, aquellos que aporten y reconozcan verdad de manera tardía en etapa de juzgamiento serán acreedores de penas con un carácter retributivo de cinco a ocho años y privativas de la libertad. También aplica para aquellos casos en que el Tribunal para la Paz considere que la verdad aportada no ha sido suficiente, exhaustiva y lo bastante clara. En ese entendido, se procederá a la imposición de una pena alternativa que se graduará conforme a la gravedad de los delitos por los cuales se les sindicó. Junto con esto, debe ir anexo el compromiso por parte del enjuiciado de contribuir con su proceso de resocialización a través de estudios, trabajo y capacitaciones al momento de estar privado de su libertad.

Por último, en caso de que no exista ningún reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte de la persona procesada, y de hallarse responsable por la comisión y/o participación en alguna conducta de competencia del Tribunal, se impondrán

las penas ordinarias establecidas en el Código Penal para tal efecto. No obstante, podrá hacerse acreedor a algún tipo de redención si existen aportes reales a su proceso de reinserción y resocialización. Las penas serán privativas de la libertad en recinto carcelario y no serán inferiores a los 15 ni superiores a los 20 años.

El escenario implica la asunción de un sistema de justicia paralelo con dedicación exclusiva para asuntos relativos al conflicto. Si bien es cierto, en materia de Justicia transicional los instrumentos internacionales han concedido amplias facultades para la toma de medidas en pro de la terminación del conflicto armado, no dejan de plantearse serios interrogantes con relación a la implementación de estos sistemas que excluyen en buen medida las competencias judiciales de los demás tribunales instituidos en el país, dando pie al análisis –en muchos casos especulativo– sobre los efectos que dicha reforma tiene sobre el articulado constitucional.

Otro elemento a tener en cuenta que será objeto de estudio en el aparte siguiente, es la ausencia de medidas de cooperación y de controles que articulen y de alguna manera atenúen el ejercicio del poder jurisdiccional delegado en temas precisos del conflicto. La falta de participación no solo de organismos de las demás ramas del poder público sino de estructuras orgánicas como el Ministerio Público, da pie a la especulación y al análisis sobre el funcionamiento y la puesta en marcha de este sistema de justicia. Y además, impone serios interrogantes con relación a la posibilidad de contrarrestar algún tipo de extralij-

mitación, más allá de que la JEP esté concebida en el marco de la justicia transicional.

III. JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ Y SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

Uno de los argumentos más comunes en contra del sistema de justicia transicional que establece este nuevo tribunal paz, es que se presenta una sustitución de la Carta Política. Argumento sencillo de pronunciar pero difícil de sustentar ante las complejidades propias de esta figura de la dogmática constitucional. Mucho se ha oído sobre la sustitución del actual sistema de administración de justicia y el establecimiento de procedimientos preferentes para las personas que van a ser juzgadas por este tribunal, pero poco se escucha sobre la sustitución de principios axiales de la Carta que comportan de verdad el objeto mismo del argumento sustitutivo.

La Corte en varios pronunciamientos ha identificado una serie de principios que se consideran axiales a la luz del ordenamiento constitucional, estos son:

La supremacía constitucional, la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, la existencia de un marco democrático participativo, el Estado social de derecho, la separación de poderes y la autonomía y la independencia judicial, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, el sistema de carrera administrativa y la separación de poderes y la reserva de ley¹².

12 Sentencia C-285 de 2016, cit.

Es posible que para sustentar una posible sustitución por parte de la JEP, sería necesario argumentar desde otra óptica un nuevo principio transversal que pudiera poner en entredicho la constitucionalidad de dicha reforma, o quizás bastaría con construir un argumento con base en un principio ya reconocido como tal.

De los principios axiales reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el que tiene probablemente la aptitud para sustentar un cargo de sustitución en el caso de la JEP es el de la *separación de poderes*, en cuyo contenido se encuentran varias aristas que la jurisprudencia colombiana ha venido definiendo de manera más o menos precisa. Principio al que sin lugar a dudas se apelará para el estudio de una eventual sustitución, junto con el principio del *sistema de frenos y contrapesos*, que se instituye como elemento trasversal de la estructura operativa y organizacional del aparato estatal y que a su vez se encuentra inserto dentro de la dogmática construida alrededor del principio de *separación de los poderes*.

El principio de *separación de poderes* encuentra dos vertientes contrapuestas en aspectos esenciales. De un lado, un modelo rígido y absoluto que sigue una atribución de competencias de manera irrestricta y restringida, que cercena la posibilidad de que existan controles recíprocos entre las distintas ramas del poder, o si es del caso, alguna muestra de complementariedad. De otro lado, una vertiente flexible, que es el modelo de separación de poder que se impone en el constitucionalismo contemporáneo.

En ninguna parte del mundo el principio se observa de manera tajante e inflexible, tal vez porque lo más importante del mismo es la limitación del poder y no que la función legislativa, ejecutiva y judicial quede asignada en forma estricta y exclusiva al órgano al cual le otorgan su denominación¹³.

Esto quiere decir que la sistematicidad de la Constitución no puede contraponerse a un sistema flexible de separación de poderes que exige, de una parte, unos estándares mínimos de colaboración entre las diferentes ramas del poder público, lo cual el artículo 113 de la Carta Política menciona como *colaboración armónica*, que supone un grado de coordinación en el ejercicio de las funciones propias de cada una de las ramas del poder, “que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas”¹⁴.

En este punto, un aspecto esencial del principio de colaboración que conlleva la admisión de una interpretación menos restringida del término, es que ese mandato constitucional no puede cobijar de manera exclusiva a aquellos órganos que pertenecen a las tres ramas de poder público. Por el contrario, debe

13 JORGE ULISES CARMONA TINOCO. “La división de poderes y la función jurisdiccional” *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, n.ºs 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 175 a 211, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21371/19044>], p. 175.

14 Sentencia C-246 de 16 de marzo de 2004, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-246-04.htm>].

entenderse como elemento definitorio de la esencia del principio de separación de poderes que sustenta la Carta Política, que el mandato de colaboración armónica:

Comprende no solo a los órganos que conforman las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial sino a todos los demás a los que les han sido asignadas funciones necesarias para la materialización de los fines del Estado, con lo que se asegura la especialización funcional y sin que ello signifique desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro¹⁵.

En ese sentido, aun aquellas entidades u órganos que no se encuentren adscritos o vinculados a alguna rama del poder público en especial, tienen la obligación de armonizar de manera coordinada el ejercicio de sus funciones para dar pleno cumplimiento a las finalidades que son propias del aparato estatal. Como es evidente, la Constitución de 1991

adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes¹⁶.

15 Sentencia C-247 de 24 de abril de 2013, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-247-13.htm>].

16 Sentencia C-970 de 7 de octubre de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>].

Junto con ello, otro elemento definitorio del principio de separación de poderes, adoptado por la Carta del 91 es “la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos”¹⁷, los cuales están reflejados en las medidas de cooperación armónica y además, en los controles recíprocos entre las diferentes ramas del poder público y los órganos independientes. Esto implica un atenuante de importancia en el ejercicio del poder, puesto que impone la obligación de aceptar alguna que otra “intromisión” por parte de un órgano exógeno en el ejercicio de sus funciones. La conjunción de estos mecanismos (los de colaboración armónica y los controles recíprocos) constituye en buena medida el sistema de pesos y contrapesos, que busca por demás garantizar máximos de libertad gracias a la limitación y articulación conjunta de las competencias de las distintas ramas del poder y organismos independientes a ellas.

Este principio, en materia de la JEP, a primera vista impone un escenario poco favorecedor tratándose de su constitucionalidad. La adopción de tribunales *ad hoc* deja entrever la necesidad de una minuciosa y laboriosa tarea en su conformación, estructura y funcionamiento, puesto que como ya hemos aclarado con anterioridad, la Constitución impone límites precisos a la facultad de reforma en cabeza del Congreso de la República y esas fronteras se materializan en cada uno de los principios axiales de la Carta Política.

17 Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>].

La exigencia de observar los principios de cooperación armónica y del respeto por el modelo de pesos y de contrapesos, debiera decirse, no puede ser ajena a este nuevo Tribunal de Paz y en general al sistema integral de justicia contenido en los acuerdos. Más aún cuando su introducción al ordenamiento jurídico se hará a través de un acto reformativo de la Constitución, que de ninguna manera puede sustituir los principios esenciales de la Carta, cuando se hace a través del constituyente derivado. Todo esto teniendo en cuenta que a cada uno de los órganos que componen esta jurisdicción se les ha confiado una serie de competencias en virtud de las cuales se espera a corto, mediano y largo plazo la materialización de fines estatales.

Por tanto, tiene que interpretarse en un primer momento que el funcionamiento no puede ser ajeno, aislado, sin controles interorgánicos, como establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues también debiera pensarse que es necesario establecer atenuantes importantes al ejercicio de la actividad jurisdiccional, aun cuando se reitera, sean órganos (los que componen la JEP) que no hacen parte de manera estricta de alguna rama del poder público. Pero antes de dilucidar un análisis en este sentido, es preciso traer a colación dos exigencias del principio de *separación de poderes*. En primer lugar, “se requiere identificar los roles estatales y asignar a cada una de las ramas y órganos del Estado, *en principio de manera exclusiva y excluyente*, los roles institucionales derivados de los fines esenciales de la organización política”

(itálicas fuera del texto original)¹⁸. no obstante, las dinámicas sociales han impulsado al Estado a reconocer además de los tres poderes tradicionales, poderes en cabeza de órganos que no se adscriben a ninguna rama en especial, tales como el Ministerio Público o el poder electoral, entre otros.

Por otro lado, la otra exigencia de este principio con facilidad deducible es la independencia y la autonomía entre aquellos órganos a los cuales la Constitución confiere funciones esenciales de la estructura estatal. Sin embargo, no puede entenderse dicha prerrogativa sin la laxitud misma que pregona el principio de *separación de poderes*, el cual impone atenuantes que impiden una rigidez indisoluble en el ejercicio de las competencias en cada una de las ramas del poder público y órganos que aun no estando adscritos a ellas, detentan funciones esenciales del ejercicio de la actividad estatal.

Siendo así, se plantea un interrogante de importancia para determinar si en efecto existe una modificación que haga incompatible la reforma de la JEP con la dogmática constitucional vigente. El interrogante recae sobre la exigencia misma del principio axial definido antes, que establece como elemento esencial del principio de *separación de poderes* el establecimiento de competencia de manera *exclusiva y excluyente*, lo que haría concluir que con mucha dificultad sería aceptado un tribunal *ad hoc* para la impartición de justicia, desconociendo la labor jurisdiccional asigna-

18 Sentencia C-285 de 2016, cit.

da constitucionalmente, por lo menos en lo que ahora va a ser parte de la competencia de la JEP, a la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, como también está vedada la posibilidad de interpretar de manera restringida y con carencia evidente de contexto nuestras realidades políticas y jurídico-constitucionales, es importante tener claridad del alcance de la coyuntura histórica en el marco de la implementación de la justicia transicional. En tanto que –como antes afirmamos– el margen concedido a los Estados para disponer de salidas negociadas al conflicto, en aras de consolidar poco a poco una paz duradera, es en verdad amplio.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas entiende que la Justicia Transicional:

Abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación¹⁹.

A propósito, la Corte ha sostenido que la justicia transicional:

Está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de

19 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, disponible en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>], p. 6.

lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales”²⁰.

De aquello es posible deducir que los Estados –en particular Colombia– cuentan con una amplia amalgama de mecanismos tendientes a encarar las graves violaciones a los derechos humanos, en pro de un reconocimiento efectivo de las garantías de las víctimas y en consecuencia, la posibilidad de crear un ambiente de paz y reconciliación inserto en el marco de la justicia, que en estos casos excepcionales puede revestir una connotación distinta a la meramente retributiva, pues el objetivo fundamental de estos procesos de transición es la pronta finalización del conflicto, el esclarecimiento de las responsabilidades, el reconocimiento de las víctimas y sus derechos y el establecimiento de garantías para la no repetición.

En este contexto y por el carácter excepcional de las medidas a tomar en el marco de este modelo de justicia, es posible dar paso a sistemas jurisdiccionales alternos sin reparo alguno, dado que es una práctica aceptada en el marco de la temporalidad y de la transitoriedad del conflicto a la reconciliación. Por este motivo, la creación de tribunales paralelos y en sí, como en el caso colombiano, de un sistema integral de justicia, disiente en un primer análisis de garantías tan estructurales del Estado social de derecho como

20 Sentencia C-577 de 2014, cit.

el del *juez natural*²¹, no puede ser tenido como contrario a la Constitución, pues los márgenes de acción en esta materia pueden desbordar los contenidos de una o de otra disposición en *particular*, siempre en procura de la garantía de los derechos humanos, que en esos escenarios de inflexión necesitan herramientas que reporten un mayor grado de practicidad y ligereza que las instituciones de justicia tradicionales no son capaces de provocar y que por el contrario pudieran constituir un impedimento en el reconocimiento de los derechos conculcados por el conflicto.

Pues, como referimos en cita extraída antes²² trayendo a colación las exigencias propias del principio

21 “El derecho al juez natural ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana como un garantía inescindible del núcleo fundamental del derecho al debido proceso, que contiene los siguientes puntos a saber: ‘i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) *que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc);* y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial”. Sentencia C-180 de 27 de marzo de 2014, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-180-14.htm>].

22 De la sentencia C-285 de 2016, cit., “Partiendo de estos objetivos, el principio de separación de poderes tiene dos tipos de exigencias: Por un lado, se requiere identificar los roles estatales, y asignar a cada una de las ramas y órganos del Estado, *en principio de manera exclusiva y excluyente*, los roles institucionales derivados de los fines esenciales de la organización política. Tradicionalmente, estos roles corresponden a las actividades legislativa, ejecutiva y judicial, de modo que cada una de ellas se asigna a los tres poderes clásicos del Estado: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. No obstante, en la medida en que la vida social se ha tornado más

de la *separación de poderes*, la Corte de manera concreta reconoció que la atribución “exclusiva y excluyente” de los roles y de competencias estatales esenciales no es absoluta, dado que en su propia definición antepone la expresión “en principio” y acto seguido reconoce que las dinámicas propias de una sociedad como la colombiana implican la asunción de una interpretación un poco más flexible de aquella separación de competencias. Debido a que no solo aparecen más roles sino que también en una interpretación mucho más articulada de la jurisprudencia de la Corte, esta entiende que en momentos coyunturales, en el marco de la justicia transicional, no solo es posible sino necesaria la radicación de atribuciones en órganos distintos que garanticen niveles más altos de eficacia en el reconocimiento de los derechos de las personas afectadas por las dinámicas del conflicto.

Así las cosas, en principio no es predicable sustitución constitucional alguna por la implementación de un sistema de justicia transicional. Al respecto la Corte ha sostenido lo siguiente:

compleja, y en la medida en que el Estado ha debido asumir nuevas tareas para dirigir la vida social en su nueva dimensión, han surgido otras tareas como la función electoral y la función de control, y en esta medida han aparecido nuevos órganos separados de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, como acontece con el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil. Asimismo, la institucionalidad al interior de cada rama se ha incrementado, con el objeto de asumir las nuevas responsabilidades estatales. En cualquier caso, la reconfiguración del Estado ha estado orientada por esta misma lógica impuesta por el principio de separación de poderes”. (Itálicas fuera del texto original).

Por su parte, esta Corte ha puntualizado que los elementos de justicia transicional no constituyen per se una sustitución de la Constitución Política, tal como lo advirtió al resolver una demanda contra el Acto Legislativo 1 de 2012²³.

De lo anterior es preciso concluir la posible coexistencia entre los conceptos de la justicia transicional y el articulado constitucional, aquel como concepto genérico, lo que no obsta a que en niveles menores de abstracción pueda configurarse una sustitución por algunos o por todos sus órganos, si más allá de desconocer disposiciones legales particulares son del todo contradictorios con elementos axiales del compendio constitucional.

De esta manera retomamos la precedida discusión en relación al modelo de pesos y contrapesos. Para lo cual fue de la mayor importancia rebatir el argumento de una posible sustitución constitucional por la implementación de sistemas de justicia transicionales e incluso, de aquellos que implican la radicación de competencias judiciales en cabeza de organismos exógenos a los ya constituidos, pues es preciso entender que en materia de justicia transicional, las puertas son cada vez más grandes en aras de consolidar el imperioso objetivo de la paz. En ese sentido, dicho reconocimiento del amplio margen de acción estatal en materia de terminación del conflicto, no es óbice para constituir derroteros que sustituyan la Constitución. En tanto que, reiteramos, un escenario es comprender

23 Sentencia C-577 de 2014, cit.

que la justicia transicional no comporta una sustitución *per se*, pero otro muy diferente es que por dicha conclusión llegáramos al escenario irreductible de que una reforma constitucional en donde se estructurara algún órgano en particular de justicia transicional, nunca podrá llegar a sustituir un principio axial de la Carta.

Nada impide que la estructuración del sistema de justicia transicional constituya una reforma que desborde las competencias del constituyente derivado. El límite insoslayable son los contenidos axiales de la Carta Política que le reportan su identidad, más no el texto mismo de la Constitución, pues, como se aclaró en párrafos anteriores, sostener la inconstitucionalidad de un acto reformativo por contrariar un artículo en particular de la Carta, sería tanto como pretender la estipulación de cláusulas pétreas no susceptibles del poder de reforma confiado al Congreso de la República. Sin embargo, siguiendo en la misma tónica del argumento primero de esta sección, referente al tema de pesos y contrapesos, llegaría a existir una eventual sustitución por desconocer este principio ineludible de la naturaleza misma de la separación de poderes. Es preciso mencionar que dentro de la estructura de la JEP no son fácilmente identificables los mecanismos que contrarresten el poder judicial que le fue confiado a cada uno de sus órganos. Queda un poco a la deriva de su autonomía e independencia el ejercicio de la impartición de justicia, sin tan siquiera existir una articulación evidente con algún organismo del poder público que pudiera llegar a ejercer un control que impidiera el abuso de la actividad jurisdic-

cional sobre las materias de su competencia. En ese sentido, la justificación de la JEP, a la luz de un entendimiento flexible del principio de *separación de poderes*, en donde el postulado ineludible de su fisonomía es la colaboración armónica y la implementación de controles recíprocos en el ejercicio del poder, no será una labor sencilla.

Entonces, es necesario a la luz de este principio, la imposición de instrumentos que den lugar a una limitación controlada en el ejercicio de sus competencias, lo que no significa una intromisión inconclusa e injustificada en el espectro funcional de la JEP, pero que sí pueda llegar a desencadenar un control efectivo en caso de existir una extralimitación del poder que le fue encargado. Si bien las partes dieron paso a que la acción de tutela tuviera juego en el curso de la actividad jurisdiccional de la JEP, cuando se evidencien errores de hecho en los pronunciamientos del tribunal o de alguno de los órganos que conforman este esquema de justicia, esto tendrá que ser resuelto por una sala que hace parte de la jurisdicción de paz, y solo hasta la fase de revisión, una corte como la Constitucional puede llegar a tener incidencia en alguna decisión tomada al interior esta jurisdicción temporal.

Si bien se instituyó la JEP de manera que existiera una interdependencia entre cada uno de sus órganos estructurales, sus salas, sus unidades y el tribunal, tendrá que considerar la Corte si la poca participación de los demás poderes públicos –que no solo no fueron mencionados en el contenido de los acuerdos, sino que también fueron omitidos en el contenido del acto legislativo que incorpora la JEP– es suficiente

para sustentar la no sustitución del modelo de pesos y contrapesos.

En un examen anterior realizado por la Corte Constitucional²⁴ sobre el Acto Legislativo 02, de 27 de diciembre de 2004²⁵, en donde un párrafo transitorio contenido en el artículo 4.º de dicha reforma delega la competencia legislativa al Consejo de Estado, en caso de que el Congreso de la República no expidiera una ley sobre materias señaladas en el acto legislativo, esto, con el objetivo de suplir una posible omisión por parte del constituyente derivado. En ese contexto, entra la Corte a estudiar la figura de la delegación legislativa, aceptando por demás que es una práctica que no admite en principio reparo alguno, pues ha sido aceptada de manera generalizada por el constitucionalismo moderno. No obstante, es precisa en determinar que aun cuando la práctica de la delegación legislativa está conforme a la normativa constitucional, ésta debe cumplir unos mínimos para que no resulte contraria al principio de separación de poderes. Afirmó la Corte:

La compatibilidad entre el principio de separación de los poderes y la posibilidad de legislación delegada en otros

24 Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ECOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS Y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

25 “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 45.774, de 27 de diciembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15519>].

órganos del Estado, reside, entonces, en que, (i) las condiciones que rodean la delegación evitan que el legislador se vea privado de su competencia, (ii) la habilitación remita al ejercicio transitorio y en un ámbito delimitado de la función legislativa, y (iii) *no se supriman los controles interorgánicos que preserven el equilibrio entre los poderes públicos y aseguren la supremacía constitucional*. (itálicas fuera del texto original)²⁶.

En efecto, la Corte no consiente en un ejercicio autónomo e incorregible, debido a la ausencia de controles, en el ejercicio de la competencia delegada en cabeza de un órgano que en principio nada tuviera que ver en el desempeño de esa función, por ser parte de una rama distinta del poder público. En esa medida, es enfática en reconocer que esa eventual delegación debió ser provista de controles como el de constitucionalidad, e incluso, la posterior convalidación por parte del Congreso de la República de la reglamentación expedida por el Consejo de Estado.

Siendo así, al ser evidente en la redacción del inciso del precitado acto legislativo, en cuanto a la ausencia de controles efectivos que respeten el modelo de pesos y contrapesos, la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición acotando lo siguiente:

Para la Corte, la norma de la reforma anteriormente citada, al establecer un poder legislativo carente de controles, y sin origen, composición y funcionamiento democráticos, con la facultad de definir los derechos fundamentales determinantes para la distribución del poder público, le

26 Sentencia C-1040 de 2005, cit.

introduce a la Constitución un elemento que es integralmente diferente a los que definen la identidad de la Carta adoptada por la Asamblea Constituyente en representación del pueblo soberano en 1991²⁷.

En pocas palabras, la delegación de competencias esenciales en el ejercicio de la actividad estatal está subordinada al cumplimiento de unos mínimos necesarios para garantizar la armonía con el texto constitucional. En este orden de ideas, la delegación evidente de la función jurisdiccional a la JEP, para efectos del conflicto, también está en la obligación de ajustarse a esos principios transversales de la Carta, que en un ejercicio analógico supone también el reconocimiento de controles interorgánicos, tal como se exige en la delegación de otro tipo de competencias de la misma naturaleza, a saber, en el caso que se puso en evidencia en líneas anteriores.

Cabe destacar que en nuestro criterio no existe razón alguna para extraer la delegación de la labor judicial de las obligaciones que en su momento se impusieron a un caso de delegación de la función legislativa, ni siquiera el justificante de estar inserto en el marco de la justicia transicional, puesto que siguiendo la lógica de la Corte y aquella lógica más coherente con los contenidos de la Carta, la justicia transicional no puede ser el pretexto para sustituir o adoptar contenidos incompatibles con los principios transversales de la Carta Política, pues esta facultad reside de manera exclusiva en el constituyente primario y para tal efecto

27 Ídem.

se han instituido mecanismos de reforma distintos al acto legislativo.

De esta manera, la JEP carece de controles y de elementos de cooperación armónica con las distintas ramas del poder público, e incluso con los demás organismos estatales que ejercen funciones esenciales de la naturaleza de la estructura estatal como el Ministerio Público. Ministerio que es partícipe y cuyas opiniones son tenidas en cuenta en el curso de determinadas actuaciones judiciales dentro del esquema ordinario de justicia, pero que en la JEP brilla por su ausencia. Este argumento cobra mucha más relevancia cuando la labor primordial de instituciones como la Procuraduría General de la Nación, parte del Ministerio Público, es la defensa de los derechos humanos, finalidad esencial del sistema integral de justicia transicional.

En el contenido del acto legislativo y de los acuerdos relacionados con la JEP se imponen pocos espacios de participación, cooperación y control, incluso para organismos de la jurisdicción ordinaria. Lo que no implica que sean inexistentes, porque abre la puerta a que en materia de conflicto de competencias, el Consejo Superior de la Judicatura se haga parte en la resolución de la controversia así como también que la Corte Constitucional decida en sede de revisión, las tutelas que con ocasión de una vía de hecho que surgiere en el ejercicio de la labor jurisdiccional de la JEP, que tienen que ser interpuestas y resueltas en un primer momento en ese misma jurisdicción, pero que en sede de revisión hace partícipe al Tribunal Constitucional, cuya decisión después tiene que ser remitida al Tribunal de Paz para su eventual reconocimiento.

De otra parte, respeta la competencia de la Corte Suprema de Justicia tratándose de la revisión de sus sentencias, pues se exonera de dicha facultad y mantiene la obligación de revisar las sentencias que así disponga la JEP en cabeza del máximo tribunal de la justicia ordinaria. El interrogante que queda es si estos pequeños esbozos son suficientes para soportar el reconocimiento del modelo de pesos y contrapesos, debido a que de no ser así, al igual que sucedió con el caso antes expuesto de la delegación legislativa, la JEP pudiera constituir una sustitución parcial y temporal de un principio axial de la Carta Política, pues a todas luces sería del todo incompatible con el principio de *separación de poderes*, a la luz del modelo de pesos y contrapesos, el establecimiento de un sistema de justicia con tales niveles de aislamiento de las demás ramas del poder público y demás órganos del poder estatal.

Aquello constituiría una interpretación rígida del sistema de separación de poderes, desconociendo el modelo de pesos y contrapesos como aristas necesarias e indispensables en el estandarte de la normativa constitucional colombiana. Lo cual conllevaría a instituir a través del poder de reforma del Congreso, un entendimiento a todas luces incompatible de un principio transversal de la Carta y por tanto, implicaría una extralimitación del poder reformativo y la intromisión en las competencias propias del constituyente primario.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional tendría fundamento por lo menos para la realización de un serio test de sustitución, pues existen elementos

que podrían mutar los contenidos axiales de la Carta Política. Si bien es cierto es un poco apresurado afirmar que el control de constitucionalidad tendría como consecuencia necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad, con fundamento en una eventual sustitución constitucional, sí es posible afirmar que existe una fundada incertidumbre sobre una posible decisión en ese sentido, que más allá de los ánimos de consolidar un sistema jurídico coherente, acarrearía consecuencias nefastas en materia de la implementación de los acuerdos de La Habana.

Pero más allá de la simpatía que se tenga con los acuerdos o no, es mucho más peligroso asentir con carencia evidente de objetividad, con los posibles yerros que pudieran surgir de la adopción de instrumentos tendientes a finalizar el conflicto. Por este motivo, es mucho más que justificable la identificación temprana de aquellas posibles inconsistencias en el contenido de aspectos estructurales como la JEP, en la medida en que nos permite idear planes de acción congruentes con nuestro ordenamiento constitucional y nuestras realidades socio-políticas. Por supuesto, que esto no pretende ser un examen exhaustivo sobre los posibles cargos de sustitución que pudieren plantearse, puesto que en esta materia, el límite está en la fuerza de los argumentos.

Para concluir, es pertinente decir que este breve análisis tampoco procura restarle la importancia necesaria a la estructuración de un modelo integral de justicia transicional, que para todos los efectos reportará unos niveles de efectividad mucho mayores que la justicia ordinaria colombiana. Solo se busca poner

de presente unas pequeñas falencias que debieran tenerse en cuenta en el estudio futuro, que la Corte Constitucional realizará sobre la constitucionalidad de este acto legislativo, que a lo mejor introducirá las reformas necesarias para hacer compatible dicho modelo de justicia con los postulados axiales de la Carta, pero que en todo caso no se atreverá a eliminar, por la importancia que reviste, este bien pensado pero falto de detalle sistema integral de verdad, justicia, reparación y de no repetición.

La premura de terminar el conflicto implica una falta de sutileza jurídica en la conformación de los mecanismos de justicia transicional, lo que nos invita no a la eliminación y al proselitismo político, sino a la conjunción de esfuerzos en aras de su perfeccionamiento y adecuación cada vez más precisos a nuestro ordenamiento. La implementación es necesaria e indispensable para que salga adelante este laborioso proceso de concertación con la cada vez más extinta guerrilla de las FARC.

BIBLIOGRAFÍA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COLOMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia*, Bogotá, Legis, 1991.

CARMONA TINOCO, JORGE ULISES. "La división de poderes y la función jurisdiccional" *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, n.º 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 175 a 211, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21371/19044>].

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 02, de 27 de diciembre de 2004, "Por el cual se reforman algunos artí-

culos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 45.774, de 27 de diciembre de 2004, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15519>].

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, *Diario Oficial*, n.º 49.927, de 7 de julio de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, disponible en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>].

Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>].

Sentencia C-1200 de 9 de diciembre de 2003, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>].

Sentencia C-246 de 16 de marzo de 2004, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-246-04.htm>].

Sentencia C-970 de 7 de octubre de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>].

Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

Sentencia C-574 de 22 de julio de 2011, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>].

Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>].

Sentencia C-247 de 24 de abril de 2013, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-247-13.htm>].

Sentencia C-180 de 27 de marzo de 2014, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-180-14.htm>].

Sentencia C-577 de 6 de agosto de 2014, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>].

Sentencia C-285 de 1.º de junio de 2016, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm>].

FRIEDRICH, CARL JOACHIM. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1946.

GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER. “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.º 108, abril-junio de 2000, pp. 41 a 75, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27611.pdf>].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, 24 de noviembre de 2016, disponible en [<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>].

PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2004.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO UN VICIO DE FORMA EN LA TEORÍA DE RONALD MYLES DWORKIN

La teoría de la sustitución es un tema tan extenso como complejo. Una teoría que ha encontrado asidero en el constitucionalismo colombiano, superando los embates teóricos entre la supremacía de la Constitución y el principio democrático²⁸, junto con ello, sobre los límites al poder de reforma constitucional del Congreso de la República²⁹. Para esto, los esfuerzos argumenta-

28 “En conclusión se tiene que decir que a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional que resuelve la tensión entre el principio democrático y el de supremacía de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte ha acogido que so pretexto de la reforma a la Constitución no se puede cambiar, derogar o sustituir una Constitución por otra”. Numeral 5.1.21 Sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>].

29 Sobre límites al poder de reforma ver las sentencias C-699

tivos de la Corte no han sido escasos y mucho menos faltos de perspicacia jurídica.

Las pretensiones de definir a cabalidad el estandar-te teórico de la teoría de la sustitución constitucional generó serios debates en torno a varios pronunciamientos anteriores de la Corte, que consagraban un punto de vista distinto con relación a ciertos aspectos que tenían que ser reconceptualizados para acomodar con holgura aquella teoría, uno de ellos era la naturaleza de los vicios de competencia. La definición de la falta de competencia como un vicio material o de forma, era el punto de partida para desplegar esta teoría con la doctrina constitucional asentada por la Corte.

Pero todo esto no hubiera podido ser si la Corte Constitucional no se hubiera desligado de aquellos postulados de antaño que se ubican dentro del clasicismo jurídico³⁰ o aquel positivismo kelseniano³¹ de las últimas décadas del siglo pasado. Entonces: ¿Cuál

de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORRREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-699-16.htm>], C-1200 de 9 de diciembre de 2003, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>], y C-053 de 10 de febrero de 2016, M. P.: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-053-16.htm>].

30 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

31 Construye el concepto de “recepción pop”, y evidencia que la teoría de HANS KELSEN fue objeto de esa recepción afirmando lo siguiente: “el resultado fundamental de esta recepción pop fue el de ajustar el positivismo kelseniano a los contornos del positivismo local que ya venían de la teoría clásica del derecho”. *Ibid.*, p. 375.

es el fundamento teórico-jurídico dentro del cual está contenida la teoría de la sustitución de la Constitución y que permite entenderla como un vicio de forma? Aquel fundamento se debe a la transformación en el pensamiento jurídico que la Corte ha venido afincando en su amplia jurisprudencia, pensamiento que obedece a una firme reacción a través de la teoría antiformalista de RONALD MYLES DWORKIN³² y de otros más³³, pero que para el tema que nos ocupa, el pensamiento dworkiano, con una percepción mucho más amplia del ordenamiento jurídico y de los principios políticos como derechos con contenido político y moral capaces de derrotar a las reglas³⁴ se impondrá como estandarte necesario de la teoría de la sustitución, más allá de una insana discrecionalidad intuitiva del tribunal constitucional.

La Corte Constitucional, como máxima guarda e intérprete de la Constitución Política, desde 1991 ha liderado una avanzada importante en contra de las pétreas³⁵ teorías jurídicas clásicas del derecho, que gracias a determinadas fuerzas políticas parecieran tener cabida en la interpretación jurídica contemporánea en Colombia. Pero incluso cuando el formalismo jurídico se deja entrever aun en la práctica jurídica, la primera Corte Constitucional³⁶, rememorando

32 Worcester, Massachusetts, 11 de diciembre de 1931-Londres, 14 de febrero de 2013.

33 Autores como H. L. A HART, ROBERT ALEXI, JÜRGEN HABERMAS, JHON RAWLS.

34 LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del derecho*, cit.

35 Escuela de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos.

36 Entiéndase por primera Corte la conformada desde 1992 hasta

aquella Corte Suprema reactiva ante la agresividad del clasicismo jurídico a mediados del siglo xx, comenzó a “construir derecho” desde una perspectiva menos anticuada y mucho más renovada, obedeciendo por demás a los nuevos conceptos de una Constitución innovadora para aquel entonces.

Prueba de ello fue el posicionamiento de autores como HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART³⁷, el mismo RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY o LUIS PEDRO ALEJANDRO RECASÉNS SICHES³⁸, entre otros, quienes propugnaban con sus teorías de la argumentación jurídica una práctica renovada de la juridicidad, alejada de aquel clasicismo³⁹, del cual da cuenta DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. Y si bien es cierto que aquella extrapolación de las teorías jurídicas pudieran traducirse en menos trabajo para los juristas, en Colombia la realidad impuso que la implementación de éstas implicaría un trabajo bastante arduo para nuestros operadores jurídicos, pero con resultados gratificantes por la revolución generada al interior de nuestro ordenamiento.

Cambiaron drásticamente las formas de entender el derecho. HART como positivista, cuya teoría pudiera estar anquilosada por la voluntad de olvidar aque-

2002 aproximadamente, en donde destacan magistrados como CARLOS GAVIRIA DÍAZ, JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, CIRO ANGARITA BARÓN o EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

37 Harrogate, UK, 18 de julio de 1907-Oxford, 19 de diciembre de 1992.

38 Ciudad de Guatemala, 19 de junio de 1903-México D. F., 4 de julio de 1977.

39 LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del derecho*, cit.

lla teoría pura, carente en la práctica de sentido social alguno, resultó ser un constructo renovador desde el mismo escenario del positivismo de antaño, que con él se mostraba mucho más revolucionario a la luz de las necesidades de la sociedad contemporánea.

De igual modo, DWORKIN comenzó a figurar con una franqueza irrefutable en los pronunciamientos de la Corte⁴⁰, pues incluso HART se quedaba corto en la variopinta gama de situaciones por resolver en los despachos judiciales de este tribunal. Hacía falta algo que traspasara esa frontera del positivismo, pero sin llegar al “escepticismo sobre las reglas”⁴¹ de corte realista. La respuesta era DWORKIN⁴², una teoría antiformalista que acepta en la práctica jurídica las reglas y los principios⁴³, estos últimos como derroteros necesarios para la resolución de casos difíciles.

Por su parte la Corte Constitucional en materia de sustitución de la Constitución tiene como punto de partida el artículo 241 de la Carta Política, el cual en los ordinales 1.º, 2.º y 3.º, en lo concerniente al control de constitucionalidad sobre actos reformativos de la

40 Véase sentencias T-002 de 8 de mayo de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm>] y C-1292 de 5 de diciembre de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1292-01.htm>].

41 ANTONIO OCTAVIO PICCATO RODRÍGUEZ. *Teoría del derecho*, México, D. F., Iure Editores, 2006, p. 204.

42 RONALD MYLES DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

43 DWORKIN entiende que “el ordenamiento jurídico no se agota en la norma, existen principios, directrices y otro tipo de postulados que también son parte integrante de este”. *Ibíd.*, p. 72.

Carta, establece que en esa tesitura solo podrá avocar conocimiento de las demandas que se formulen contra estos actos por “vicios de procedimiento en su formación”⁴⁴. Esto exhortó a la Corte a desplegar su aptitud argumentativa para desprender de dicha disposición la teoría de la sustitución guardando un mínimo de armonía con sus constructos jurisprudenciales.

En sentencias anteriores⁴⁵ a la Sentencia C-551 de 9 de julio de 2003⁴⁶, el tribunal constitucional entendía que los

... problemas de competencia no constituyen vicios de forma sino vulneraciones materiales a la Constitución, por cuanto la competencia es el ‘presupuesto esencial que da, al funcionario o a la Corporación, legitimidad para acceder a la forma’⁴⁷.

44 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

45 Sentencia C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>] y Sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-531-95.htm>].

46 M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>]. En este pronunciamiento la Corte sienta por primera vez las bases sobre la teoría de la sustitución.

47 Numeral 3, Sentencia C-1161 de 6 de septiembre del 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1161-00.htm>].

Lo que generaba un impedimento primario en la consolidación de la doctrina de la sustitución, pues de entenderse tal como se venía haciendo, no habría lugar para que la Corte diera lugar a dicha teoría, toda vez que la extralimitación de la competencia era un derrotero esencial en materia de sustitución.

El curso argumental de la Corte reticente a cualquier formalismo, en esencia apelaba a la necesidad de poder desencadenar un control de constitucionalidad sobre una eventual extralimitación de competencias del poder constituido de reforma, los principios de moralidad política comenzaron a asentarse con fuerza para que aquel problema sobre la naturaleza de los vicios de competencia cediera ante la trascendencia de aquella nueva teoría. Pero aquel cambio de rumbo sobre la interpretación de los vicios de competencia tenía que sustentarse sobre algo que pudiera reportarle solidez más allá de una banal interpretación con intenciones reformistas: la respuesta no podía ser otra que los principios políticos que sustentan la democracia constitucional.

Y así, un error en el trámite legislativo en materia de quorum o sobre las votaciones, pudieran erigirse sin problema como vicios de forma sin que exista en el juzgador duda alguna con relación a ello, pero en tratándose de la extralimitación de la competencia la situación no pareciera tan sencilla. Pero como antes se mencionó, el sustento con relación al alcance del concepto de vicios de forma tendría que ser tal, que no existiera duda alguna sobre los contenidos de la teoría de la sustitución. Aquí la Corte se aleja de HART: en vez de apelar a la discrecionalidad, tal cual "legis-

lador”, haciendo uso de parámetros extrajurídicos conforme a la textura abierta de esta disposición normativa⁴⁸ sobre la cual no encajaban los presupuestos de las reclamaciones hechas por la ciudadanía sobre una eventual sustitución de la Constitución, decidió sin más apelar a los argumentos que protegen o favorecen una determinada meta política⁴⁹ como lo es la democracia constitucional.

La Corte en su argumentación en aras de encontrar un fundamento sólido de la teoría de la sustitución, trajo a colación los principios de supremacía de la Constitución y el principio democrático⁵⁰, lo que generó un dilema a través de dos opuestos: los límites al poder y el desmedido poder de reforma. Lo cierto es que terminó decantándose por la supremacía de la Carta, atendiendo a esa transición que se dio de la democracia netamente mayoritaria a esa democracia constitucional y con fundamento en ello, concluye que el poder constituido no puede sobrepasar los límites de su competencia, queriendo decir con esto que exis-

48 Ordinales 1.º, 2.º y 3.º artículo 241 de la Constitución Política del 91, cit.

49 DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit.

50 “Como es sabido, el Estado constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático, conforme al cual se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional, en cuya virtud se considera que la Constitución es *lex superior*”. PEDRO DE VEGA GARCÍA. Prólogo en GONZALO ANDRÉS RAMÍREZ CLEVES. *Los límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Externado, 2005, p. 17.

ten fronteras materiales al poder de reforma del Congreso de la República⁵¹.

De esta manera la Corte arriba a la siguiente conclusión:

En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo, pues esa regulación lleva a una situación inaceptable: así, ¿qué ocurriría si un órgano incompetente adelanta una reforma constitucional, pero con un trámite impecable? ¿Debería la Corte Constitucional limitarse a considerar los trámites de la reforma, a pesar de la absoluta invalidez de la reforma por carencia de competencia? ¿En qué quedaría su función de velar por “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” que le asignada el artículo 241 de la Carta?⁵².

Cabe señalar que aquel debate sobre la naturaleza de los vicios de competencia no tenía otro remedio que ceder ante las magnitudes alcanzadas por el esfuerzo argumental de la Corte, de tal suerte que este tribunal decidió fundar aquella controversia desde una mixtura que entrelaza la forma y la materialidad en un mis-

51 Ver sobre límites materiales al poder de reforma constitucional: CORTE SUPREMA DE LA INDIA. Caso *Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala*, 24 de abril de 1973, case 135 de 1970, disponible en [<https://indiankanoon.org/doc/257876/>]; Caso *Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*, 7 de noviembre de 1975, case 887 de 1975, disponible en [<https://indiankanoon.org/doc/936707/>]; y CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, Punto 3, pp. 27 y ss., y punto 11, pp. 119 y ss.

52 Numeral 22 Sentencia C-551 de 2003, cit.

mo concepto: la competencia. Partiendo de una interpretación sistemática de la Constitución (que obliga a la Corte a protegerla), de la cual los principios son parte integrante, no fue posible concebir un control constitucional desde un concepto tan vacío como el que pudiera dilucidarse desde la exégesis normativa, por lo tanto, con el objetivo de salvaguardar principios de mayor envergadura como el de la supremacía de la Constitución, se abrió el camino hacia aquella nueva teoría que tenía al razonamiento político como directriz de su sustento.

Los vicios de competencia según la Corte debían entenderse como un “presupuesto” básico de las discusiones sobre la forma y la materia: “la competencia es un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte”⁵³. Huyéndole de alguna manera a la tentadora afirmación de que aquellos vicios constituían de manera exclusiva una falta de procedimiento en contra de su jurisprudencia. De este modo, entendiendo que las consecuencias de aquellas irregularidades competenciales sobrellevaban imperfecciones en la forma y la materia del acto sometido a control de la Corte, la competencia se instituyó como una de las posibilidades más sólidas para rebatir la constitucionalidad de un acto reformativo.

Esta asimilación, preconcebida de algún modo y bien estructurada de la teoría de DWORKIN, en lo tocante a la teoría de la sustitución abonó el camino para

53 *Ibid*, numeral 25.

que aquellos principios o razonamientos políticos se abrieran paso hacia una práctica jurídica mucho más completa y compleja en sus contenidos. Ahora, es de suma importancia poner en evidencia que esta teoría esta ensamblada sobre la base de principios y no de reglas constitucionales en concreto, pues como demostramos, aquel punto de partida que conllevó a la reconceptualización de los vicios de competencia se sustenta a partir de los principios de supremacía de la Carta Política y la democracia constitucional, develando la importancia fehaciente de los principios políticos en el análisis jurídico. Así las cosas, aquellos principios políticos se imponían sobre la norma constitucional que *prima facie* se opone a la estructuración de la teoría de la sustitución⁵⁴.

Es preciso decir que aquellos principios que dan forma al reproche de constitucionalidad y sobre el cual se funda a su vez la extralimitación de la competencia del Congreso, también es una demostración de que aquel sistema de normas y reglas, en algunos casos está revaluado en el estudio de la práctica jurídica, no queriendo decir que estamos imbuidos por la

54 Refiriéndose a la recepción de la teoría de DWORKIN y algunos otros autores, LÓPEZ MEDINA afirmó que la recepción de estas teorías tenían elementos comunes, dando cuenta de la transformación que se surtía en el ordenamiento jurídico colombiano y afirmando que existían algunos puntos comunes como que: "(i) se trataba de una teoría de interpretación de principios en sede judicial y no de una teoría de aplicación de reglas legisladas; (ii) entendía el ideal de Estado de derecho en el contexto de la interpretación judicial y no en el contexto de la producción legislativa". LÓPEZ MEDINA. *Teoría impura del derecho*, cit., p. 135.

discrecionalidad del juez al mejor estilo del realismo jurídico⁵⁵ sobre una indiferencia hacia la norma.

A manera de conclusión, resulta posible afirmar que aquel positivismo de corte analítico de HART se queda corto ante los desafíos del constitucionalismo colombiano, que de cara a la construcción de teorías jurídicas que permitan abogar por una efectiva protección del texto constitucional, no pueden tener como soporte la simple discrecionalidad del juez alejada de cualquier concepto político que debiera sustentarse para conformar un estandarte sólido en las materias constitucionales. La Corte más al estilo de DWORKIN, con base en la identificación de principios políticos rectores de su actividad argumentativa, ha sabido sustentar con la fortaleza debida los cimientos de teorías tan complejas como la de la sustitución.

De todo esto es posible deducir que la Corte comprende, tal como lo plantea DWORKIN⁵⁶, que existen principios con contenido político que determinan la resolución de controversias jurídicas incluso por encima de las reglas. Siendo así, la teoría de la Constitución encuadra sin problemas conforme a los postulados de dicho pensador⁵⁷ como un vicio de forma,

55 De la lectura de algunos fallos de la Corte Constitucional pudiera deducirse que el realismo jurídico no es una realidad tan ajena del razonamiento jurídico de la Corte, y probablemente pudiera llegar a sustentarse con elocuencia un argumento en ese sentido, pero la posibilidad de que el escepticismo normativo pudiera ser parte del pensamiento de la Corte, es una condición muy difícil de ser atribuida a esta corporación.

56 DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit.

57 Ídem.

incluso en contravía de las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales que en su sentido literal impiden arribar a dicha conclusión. En consecuencia, la formulación de algún cargo con sustento en dicha teoría cuenta con la aptitud para desencadenar un juicio de constitucionalidad.

Por otra parte, podríamos ubicarnos en el campo del realismo jurídico, donde existe un juez que crea derecho e interpreta con base en razonamientos metajurídicos que olvidan la esencia y obligatoriedad de la norma jurídica, pero la realidad no lo permite. Si bien es cierto que la proactividad del juez pudiera ubicarnos en el terreno de aquella teoría, de la estructura de cada uno de los pronunciamientos es imposible deducir algún tipo de apatía normativa, puesto que es reticente (no al extremo del positivismo) en que la norma jurídica juega un papel determinante en la democracia constitucional.

Y aunque pudiera pretenderse abarcar el estudio de la teoría de la sustitución de la Constitución y los vicios de forma que los sustentan lejos del marco de la teoría antiformalista de DWORKIN⁵⁸, partiendo del análisis dogmático de los pronunciamientos de la Corte que revelan posturas teóricas disimiles en algunos casos, no es equivocado creer que RONALD MYLES DWORKIN es uno de los autores que representa mucho más afinidad teórica con los postulados de la teoría de la sustitución y que –por ende– no pretendiendo que

58 Ídem.

sea una máxima irrefutable lo antedicho, siempre se podrá abrir el debate.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

Sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm>].

Sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-531-95.htm>].

Sentencia C-1161 de 6 de septiembre del 2000, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1161-00.htm>].

Sentencia C-501 de 15 de mayo de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-501-01.htm>].

Sentencia C-1292 de 5 de diciembre de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1292-01.htm>].

Sentencia C-551 de 9 julio de 2003, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>].

Sentencia C-1200 de 9 de diciembre de 2003, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA y RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1200-03.htm>].

Sentencia C-249 de 29 de marzo de 2012, M. P.: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>].

Sentencia C-053 de 10 de febrero de 2016, M. P.: ALEJANDRO LINARES CANTILLO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-053-16.htm>].

Sentencia C-699 de 13 de diciembre de 2016, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-699-16.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE LA INDIA. Caso *Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala*, 24 de abril de 1973, case 135 de 1970, disponible en [<https://indiankanoon.org/doc/257876/>].

CORTE SUPREMA DE LA INDIA. Caso *Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*, 7 de noviembre de 1975, case 887 de 1975, disponible en [<https://indiankanoon.org/doc/936707/>].

DE VEGA GARCÍA, PEDRO. Prólogo en GONZALO ANDRÉS RAMÍREZ CLEVES. *Los límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Externado, 2005.

DWORKIN, RONALD MYLES. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

PICCATO RODRÍGUEZ, ANTONIO OCTAVIO. *Teoría del derecho*, México, D. F., Iure Editores, 2006.

SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

CAPÍTULO TERCERO
EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y
LOS ACUERDOS ESPECIALES DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO

INTRODUCCIÓN

Las dinámicas políticas en el Estado colombiano han llevado a una solución negociada a un conflicto que data de un poco más de 50 años. Esta alternativa, además de imponer retos mayúsculos en el escenario político, implica asumir nuevos desafíos en materia jurídica y de ahí, nuevos interrogantes alrededor de nuestro ordenamiento constitucional. Esto, al tener en cuenta la jurisprudencia que ha moldeado la Corte, en sus esfuerzos por lograr un compendio doctrinal que permita satisfacer las inquietudes que puedan surgir en la aplicación e interpretación de la Carta Magna.

En el curso del proceso con las FARC surgieron dos acuerdos. Dentro del primero⁵⁹ se estableció por parte de los negociadores la adecuación de una reforma a la Carta Política que introdujera en el bloque de constitucionalidad lo pactado en la mesa de negociaciones⁶⁰. Dicho acuerdo fue reformado después de los resultados del plebiscito⁶¹, excluyendo del contenido de dicho texto buena parte de aquello que pudiera introducirse al bloque de constitucionalidad. Tan convulso debate nos llevó a formularnos una pregunta esencial sobre el tema: ¿Pueden ser los acuerdos especiales (art. 3.º común de los convenios de Ginebra⁶²) parte del bloque de constitucionalidad, atendiendo a la doc-

59 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y La Construcción de una Paz Estable y Duradera, de 24 de agosto de 2016, disponible en [<http://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf>].

60 Dicha estipulación fue materializada en el artículo 4.º del Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *Diario Oficial*, n.º 49.927, de 7 de julio de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].

61 Efectuado en Colombia el 2 de octubre de 2016, en el que el “Sí” obtuvo 6.363.989 para el 49,76% de votos y el “No” obtuvo 6.424.385 votos para el 50,23%, con una asistencia a las urnas del 37,37% del electorado habilitado para votar. Ver “Polarización del país, reflejada en resultados del escrutinio”, Bogotá, *El Tiempo*, 2 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/resultados-plebiscito-2016-42861>].

62 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Ginebra, CICR, 2012, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>].

trina que sobre el tema que ha desarrollado la Corte Constitucional?

La respuesta a este interrogante reviste la mayor importancia, no solo por traer a colación a actores no acostumbrados a las dinámicas constitucionales (como los grupos insurgentes), sino porque además nos plantea un nuevo contexto sobre los contenidos mismos del bloque de constitucionalidad y de aquello que puede ser usado o no como parámetro de validez dentro de nuestro ordenamiento. Con el objetivo de contestar el interrogante matriz de este escrito, tomaremos el siguiente curso argumentativo, todo con el fin de obtener conclusiones de la mayor riqueza conceptual. En primer lugar, abordaremos lo que ha entendido la Corte Constitucional por bloque de constitucionalidad, luego definiremos qué son los acuerdos especiales derivados de la normativa del derecho internacional humanitario –DIH– y por último, hablaremos de la posible inclusión de dichos convenios al bloque de constitucionalidad.

I. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con JAVIER PARDO FALCÓN⁶³, el bloque de constitucionalidad tiene su génesis en Francia, como concepto necesario para integrar varias normativas que no hacían parte formal de la Carta constitucional en aquel entonces y cuyo reconocimiento se hacía imprescindible –entre otras cosas– por la carencia de

63 JAVIER PARDO FALCÓN. *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

una estructura dogmática sólida y lo suficientemente nutrida como para desencadenar controles fundamentados de constitucionalidad. Así las cosas, el Consejo Constitucional francés adoptó la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, la cual se extrapoló con prontitud por occidente y permitió articular normativas exógenas, como parámetros de control, en especial sobre derechos humanos.

La práctica constitucional colombiana no fue indiferente a esta doctrina, pero solo hasta 1995 se atrevió a expresar con exactitud dicho concepto, en aras de integrar la normativa referente al segundo protocolo adicional a los convenios de Ginebra citados⁶⁴. No obstante, la Corte realiza años atrás una interpretación coherente con la percepción futura del artículo 93 de la Carta⁶⁵. Al respecto afirmó:

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (art. 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense⁶⁶.

64 Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>].

65 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

66 Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992, MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-409-92.htm>].

De lo cual se colige que los esfuerzos de los constituyentes por integrar este tipo de lineamientos, a través del artículo 93, eran cada vez más una realidad.

El decurso argumentativo de la Corte Constitucional continuó en ese mismo sentido realizando este tipo de aserciones en sentencias posteriores:

En el primero de ellos (art. 93), el Constituyente consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados⁶⁷. (Aparte en paréntesis fuera del texto original).

Si bien esta afirmación trae consigo un problema interpretativo⁶⁸ solucionado en jurisprudencias futuras, labró el camino para que la Corte se enfilara hacia la aceptación de este nuevo término en la tradición constitucional colombiana.

En el trámite del ejercicio cognitivo, la Corte proseguía con la delimitación necesaria de los tratados que

67 Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-574-92.htm>].

68 El problema sobre la prevalencia y la jerarquía de la normativa internacional con relación al contenido mismo de la Constitución fue un problema que se vino a resolver mucho después y que concluyó en que la jerarquía dentro del ordenamiento colombiano, de la Constitución y los tratados internacionales contentivos de garantías no suspendibles en estados de excepción, estaban en el mismo nivel y de ese modo respetar una interpretación sistemática de la Constitución Política que reconoce la supremacía de las disposiciones constitucionales.

habrían de entenderse como integrantes, o en aquel entonces, como prevalentes en el orden jurídico interno del siguiente modo:

El artículo 93 constitucional no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales “prohíben su limitación en los estados de excepción”, es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción⁶⁹.

Las condiciones eran cada vez más claras y el constructo integrador estaba más cerca de ser el precitado concepto de bloque de constitucionalidad. Finalmente, la Corte dio lugar de manera expresa al concepto francés, definiéndolo de manera más o menos precisa:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por 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

69 Sentencia C-295 de 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>].

nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*⁷⁰.

Todo este entramado teórico tenía como consecuencia la articulación del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno, no obstante cumpliera con anterioridad con las condiciones preestablecidas en el artículo 93 de la Carta y reafirmadas por la jurisprudencia de la Corte. Esta herramienta teórica permitió ampliar el espectro de las normativas parámetro de control constitucional y por ende, la introducción de instrumentos que disponían la defensa y garantía de algunos derechos incluso no contenidos en la Constitución, entre ellos, todo lo referente al DIH, que fue por demás una de las normativas que persuadió a la Corte para hablar con firmeza sobre el bloque de constitucionalidad.

De lo anterior se desprende una concepción un poco “restringida” del bloque, pues únicamente aquellas normas internacionales que versen sobre derechos humanos, que a su vez no pudieran suspenderse en estados de excepción, podían hacer parte de aquel. De ahí surgieron varias dudas y un poco de incertidumbre sobre lo que en realidad podía hacer parte del bloque⁷¹ y en consecuencia, qué normativa pudiera desencadenar un juicio de constitucionalidad. Dicho contexto normativo dirigió los esfuerzos de la

70 Sentencia C-225 de 1995, cit.

71 Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>].

Corte a establecer un límite más preciso que pudiera definir de manera menos sucinta qué iba a integrar el concepto de bloque, para lo cual esculpió los conceptos de bloque de constitucionalidad en *strictu sensu* (sentido estricto) y en *lato Sensu* (sentido lato).

Estos conceptos, además de estipular linderos entre aquello que constituye o no parámetro de constitucionalidad, definen con mucha más claridad –para no trasegar por el camino de la insulsa supranacionalidad– las normas afines en cada una de las aristas constituyentes del concepto genérico. Así, al mismo tiempo abrió las puertas del bloque a normas del orden nacional, lo que ayudó a consolidar de paso aquella jerarquía normativa entre los distintos patrones legislativos al interior de nuestro ordenamiento.

Entendido esto, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está compuesto por aquellas normas enunciadas en los primeros estadios del entramado teórico afincado por la Corte Constitucional, sobre el artículo 93 de la Carta Magna, es decir: Por los principios y las normas de valor constitucional que comportan, además, del contenido mismo de la Carta Política, los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida en los estados de excepción y además, por el preámbulo de la Constitución Nacional⁷². Sobre estos tratados la Corte afirmó que son

72 Corte Constitucional *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991*, cit.

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*⁷³.

De otra parte, el bloque, en sentido lato⁷⁴, se compone de aquellas normas que si bien no tienen la jerarquía constitucional de aquellas que hacen parte de la dimensión estricta, tienen una posición superior a las leyes ordinarias dentro de la pirámide normativa nacional. Así como las leyes orgánicas, estatutarias y también aquellos tratados internacionales que reconocen derechos humanos susceptibles de suspensión en estados de excepción, junto con los tratados limítrofes de la Nación.

Sobre los tratados que no disponen derechos humanos cuya restricción estuviere prohibida, su integración fue producto del desarrollo jurisprudencial que la Corte realizó en la materia, pues no escatimó esfuerzos en ampliar el margen interpretativo del siguiente aparte del artículo 93 de la Constitución Política de 1991: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, toda vez que el no recono-

73 Sentencia de C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm>].

74 Sentencia C-327 de 22 de junio de 2016, M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-327-16.htm>].

cimiento de esta normativa internacional dentro del bloque traía contradicciones importantes con el espíritu garantista de la Constitución.

De ahí se desprendieron dos escenarios posibles de integración⁷⁵: el primero⁷⁶, referente a las normas integrantes del bloque en sentido estricto y el segundo⁷⁷, que abrió las puertas a aquellos tratados que consagran derechos y que no cumplen las exigencias para pertenecer al bloque en sentido estricto. No sobra decir que la obligación hermenéutica que impone este segundo inciso, también tiene eficacia sobre los contenidos del bloque en *stricto sensu*. De esta manera, los tratados internacionales que contengan este tipo de garantías que puedan restringirse en estados de excepción, entraron a ser parte del bloque en sentido lato, desde una perspectiva hermenéutica.

Es decir, que al existir un tratado contentivo de un derecho limitable, que tenga su par en el ordenamiento constitucional, en el marco de la obligación impuesta en el inciso 2.º del artículo 93 Superior, se obliga al Estado a asumir una interpretación coherente y armónica con los postulados que dicho tratado

75 Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm>].

76 Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Corte Constitucional *et ál. Constitución Política de Colombia 1991*, cit.

77 Párrafo 2.º Artículo 93. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. *Ibíd.*

comprenda sobre el derecho en cuestión⁷⁸. Lo que implica una amplitud considerable tratándose de la normativa integrante del bloque de constitucionalidad, más aun, considerando que la Corte en recientes pronunciamientos ha reiterado lo siguiente:

(e)l desarrollo jurisprudencial del bloque de constitucionalidad ha evolucionado para que, a partir de la aplicación del principio *pro homine*, la Corte haya establecido que todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad⁷⁹.

Lo anterior también articula una regla de favorabilidad propia de algunos tratados internacionales que ha adoptado la Corte en nuestra hermenéutica constitucional, en ese sentido afirma:

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos⁸⁰.

78 Sentencia T-1319 de 2001, cit.

79 Sentencia C-327 de 2016, cit.

80 Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>].

De esta manera, la articulación de los tratados que consagren o no derechos humanos, cuya conculcación esté prohibida en estados de excepción, implica consentir con los pronunciamientos que algunas instituciones internacionales realicen para definir el alcance y contenido de los derechos integrantes en determinados instrumentos internacionales. Es así que la jurisprudencia de la Corte Interamericana o algunos conceptos provenientes de su institucionalidad, comportan un parámetro interpretativo relevante a la hora de definir el contenido de algún derecho⁸¹ y por tanto, en caso de constituir una interpretación más favorable al reconocimiento de esta garantía, obliga al Estado a asumir dicho criterio hermenéutico, con el objetivo de guardar coherencia en materia de favorabilidad.

Concluimos de este breve contexto teórico, que además de traslucir los elementos estructurales de lo que ha entendido la Corte Constitucional por bloque de constitucionalidad, nos muestra que ha quedado atrás ese carácter restringido del concepto, abriéndose paso cada vez más a las normativas internacionales y a los nuevos contextos interpretativos de la práctica constitucional.

81 Sentencia C-010 de 19 de enero del 2000, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm>].

II. ACUERDOS ESPECIALES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El DIH es una normativa que tiene como objetivo establecer límites más o menos precisos a las dinámicas de la guerra por razones humanitarias. Es así que en su contenido contempla lineamientos sobre los medios para hacer la guerra, impone obligaciones para con aquellos que no participan en las hostilidades, determina el trato que debe darse para con los prisioneros de guerra, entre otros. De tal suerte que su contenido hace parte del bloque de constitucionalidad sin vacilación alguna.

El DIH tiene un origen consuetudinario, cuya positivización se remonta al siglo XIX. Desde ese entonces, se ha llenado de un contenido cada vez más acertado, gracias a cada una de las experiencias bélicas que han tenido que sobrellevar varios países del mundo. La discusión en DIH no versa sobre cómo acabar el conflicto en los diferentes niveles, sino cómo acercarlo cada vez más al concepto de dignidad humana. Hecho que justifica sobremanera todas y cada una de las limitaciones que comprende sobre el trámite armamentista entre naciones o entre grupos insurgentes y los Estados.

Las tradiciones de antaño en materia de DIH soportaban una cosmovisión dualista sobre las normas del conflicto⁸². Por un lado, el derecho de la guerra codificado en los Convenios de la Haya⁸³, que tenía como

82 Sentencia C-225 de 1995.

83 Ver Convención de 1899 para La Resolución Pacífica de Controver-

objetivo primordial la regulación de los medios de combate y de las formas en que se hacía la guerra y de otra parte, el DIH en sentido estricto, que está constituido por los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, que además de reglamentar los decursos armamentistas se soporta sobre la base del respeto hacia los civiles que no participan directamente en las hostilidades.

La asunción de esta dicotomía no asentía con una sólida lógica argumentativa que pudiera sostener una razón válida para tal distinción. De esta manera la Corte enfatizó que estos dos ordenamientos no eran disimiles en sus objetivos, puesto que la consecuencia necesaria en cada uno de ellos cobijaba el objetivo del otro. Por ello y para evitar un yerro interpretativo, en tanto se pensase que la Constitución Política al referirse al DIH únicamente alude a los convenios de Ginebra, decidió dejar de lado dicha distinción, puesto que se reitera que las finalidades de uno y otro no estaban contrapuestas, ni mucho menos se excluían; de ese modo, no existía una razón práctica valedera para su distinción.

Ahora, reviste la mayor importancia aclarar que el DIH no es parte del bloque de constitucionalidad por

sias Internacionales, texto adoptado en la Conferencia de la Paz de 1899, disponible en [<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convención-de-1899-para-la-resolución-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>] y COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV), adoptada el 18 de octubre de 1907, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>].

el hecho de tratarse de un acuerdo internacional, dado que los convenios en la materia no son otra cosa que la codificación de aquel derecho consuetudinario de antaño. Entendiendo que la costumbre internacional también es fuente de derecho internacional⁸⁴, la imperatividad de estos mandatos internacionales escapa a cualquier tipo de duda respecto a su validez y obligatoriedad, teniendo en cuenta que aun cuando no estén ratificados por Colombia, éstos obligan al Estado por su carácter consuetudinario.

Lo anterior teniendo en cuenta que además de que el DIH tiene este carácter costumbrista, hace parte del infranqueable entramado normativo internacional llamado *ius cogens*⁸⁵, el cual se integra además por lo siguiente:

- 1) Normas relativas a los derechos soberanos de los Estados y de los pueblos (igualdad, integridad territorial, libre determinación etc.);
- 2) Normas relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales;
- 3) Normas sobre la libertad de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados;
- 4) Normas sobre protección de los derechos del hombre; y
- 5) Normas relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre perteneciente a la comunidad de Estados en su conjunto⁸⁶.

84 Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptado el 26 de junio de 1945, disponible en [<http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>].

85 En el derecho de los tratados, normas imperativas del derecho internacional, que no pueden ser derogadas a menos que lo sea por otra del mismo orden.

86 JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO PERDOMO. "La teoría del *ius cogens* en el derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, p. 263.

Antes que nada, se nos exige aclarar que el *corpus* normativo del DIH está compuesto por los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 ya citados, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 también citados, junto con sus tres Protocolos adicionales⁸⁷⁻⁸⁸⁻⁸⁹. De este modo, después de desplegar un contexto necesario que permita ubicarnos con claridad sobre la imperatividad y el contenido del DIH, es preciso traer a colación el artículo 3.º común a aquellos Convenios de Ginebra que son el punto de partida de los acuerdos especiales.

El artículo 3.º común de los citados Convenios se erige como un estandarte de la protección a los civiles no combatientes y junto con ello, se instituye como la única disposición aplicable a los conflictos no internacionales dentro de los cuatro convenios de Ginebra⁹⁰.

87 Ver COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolos adicionales I y II de los convenios de Ginebra, adoptados el 8 de junio de 1977, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>]; y COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, adoptado el 8 de diciembre de 2005, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-iii.htm>].

88 El cuerpo normativo del DIH es un poco más amplio de lo enunciado, pero para efectos del presente escrito no se hace necesaria la mención de los demás instrumentos que componen esta normativa.

89 ARGENIO VELANDIA SÁNCHEZ. *Derecho internacional humanitario. Las reglas de los conflictos armados*, Bogotá, Universidad la Gran Colombia, 2012.

90 ALEJANDRO VALENCIA VILLA. *Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, 2007, disponible en [<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwirirKTPPYAhXCT98KHTceBoIQFggoMAE&url=http%3>]

Este artículo pretende el establecimiento de unos mínimos humanitarios que deben ser tenidos en cuenta por las partes, con independencia de la naturaleza del conflicto. En su penúltimo inciso sostiene lo siguiente:

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

A su vez, estos acuerdos

pueden consistir en medidas de difusión o instrucciones que se han de impartir a las partes en conflicto, medidas de organización efectuadas y previstas en tiempo de paz, medidas legislativas, y sanciones penales y disciplinarias⁹¹.

Lo que no obsta ⁹²a que este tipo de acuerdos, además de estar encaminados en el marco de un conflicto armado interno al reconocimiento de las disposiciones contenidas en los convenios de Ginebra, puedan hacer extensivas sus obligaciones sobrepasando los preceptos de esta normativa humanitaria, siempre y cuando no los contraríe.

[A%2F%2Fwww.hchr.org.co%2Findex.php%2Fpublicaciones%2Fcategory%2F48-didh-dih-dpi%3Fdownload%3D93%3Aderecho-internacional-humanitario-conceptos-basicos-infracciones-en-el-conflicto-armado-colombiano&usg=AOvVaw39fbUEZU9CuFLgUM5fyh8Z](http://www.hchr.org.co/index.php/publicaciones/category/48-didh-dih-dpi/download/3D93/3Aderecho-internacional-humanitario-conceptos-basicos-infracciones-en-el-conflicto-armado-colombiano&usg=AOvVaw39fbUEZU9CuFLgUM5fyh8Z)].

91 *Ibíd.*, p. 192.

92 GRETTEY PAVLOVICH JIMÉNEZ. "El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario", *Revista Justicia Juris*, vol. 9, n.º 1, enero-junio de 2013, pp. 48 a 55, disponible en [<http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/98/83>].

La evolución de esta disposición de la mano del Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido un amplio margen de interpretación sobre los acuerdos especiales, es así que la misma institución en sus comentarios sobre el artículo 3.º ha reiterado lo siguiente:

Una lectura ceñida del texto indicaría que el párrafo parece sugerir que solo un acuerdo que explícitamente ponga en vigor las demás disposiciones de uno o más de los cuatro Convenios de Ginebra puede considerarse un acuerdo especial y que los acuerdos que trascienden las disposiciones de los Convenios de Ginebra no pueden considerarse acuerdos especiales.

Sin embargo, como la finalidad de la disposición es alentar a las partes en un conflicto armado a acordar un conjunto de normas más amplio para proteger a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, los acuerdos especiales que dispongan la aplicación del derecho internacional humanitario consuetudinario, o que prevean un conjunto de normas más amplio que el que establecen los Convenios de Ginebra, en particular las del Protocolo adicional I, pueden considerarse acuerdos especiales conforme al artículo 3.º común⁹³.

El reconocimiento de un ejercicio hermenéutico mucho más amplio con relación al alcance del concepto de acuerdo especial, permite reconocer dos variantes de este tipo de acuerdos. En primer lugar una de

93 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de un proceso de paz?*, 20 de junio de 2016, disponible en [<https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>], párr. 8 y 9.

carácter declarativo, en donde las partes en conflicto acuerdan el reconocimiento de determinada normativa humanitaria ya existente y contenida en algunos de sus instrumentos internacionales, en el cual se pueden hacer estipulaciones relacionadas con el alcance, modo o condición de aplicación o materialización de obligaciones ya aplicables en el contexto del conflicto. De otro lado, un acuerdo especial puede ser de carácter constitutivo si impone a las partes en disputa, obligaciones que van más allá de las contenidas en los instrumentos del DIH, pero que permiten a su vez el cumplimiento del mismo.

Esta distinción es de gran importancia en la medida en que la variopinta amalgama de posibilidades y situaciones al interior de un conflicto, no puede pretender ser abarcada en su totalidad a través de una limitada normativa en materia de guerra. Siempre la voluntad de las partes va a ser necesaria para conjurar otro tipo de aristas nocivas para el reconocimiento de las garantías humanitarias, tanto para los que participan en forma directa en las hostilidades, como para aquellos que son ajenos a ellas. Unos de los instrumentos de humanización más importantes es dotar de elementos dispositivos a las partes, para que dentro de sus realidades, más allá de imponer mayores limitaciones al conflicto, busquen una salida negociada al mismo.

Varios ejemplos existen en materia de acuerdos especiales, como lo son, el Acuerdo de Intercambio Humanitario entre las FARC y el Gobierno de Colombia concluido en 2001; el Acuerdo de Cese de las Hostilidades sobre el Conflicto en Darfur en 2004; el Código

de Conducta para el Cese de las Hostilidades entre el Gobierno de Nepal y el CPN en 2006; y el Acuerdo sobre el Respeto de los Derechos Humanos y el DIH en Filipinas concluido en 1998.

Los convenios de paz con grupos insurgentes pueden constituirse como acuerdos especiales en el marco del artículo 3.º común. Estos acuerdos, cuyo desarrollo interpretativo ha permitido un entendimiento más amplio sobre sus contenidos, también han aceptado que los acuerdos de paz pueden adoptar esta naturaleza jurídica cuando de ellos se desprenden obligaciones derivadas del DIH, incluso, cuando impongan obligaciones que van más allá de este. De igual manera, cualquier otro convenio que pretenda finiquitar de manera parcial o definitiva las hostilidades, tiene que ir comprendido dentro de esta categoría.

Existen posiciones reticentes a conceder tal calificación jurídica a los acuerdos que ponen fin al conflicto o en pocas palabras, los llamados acuerdos de paz. De un lado, algunos afirman que son acuerdos que no guardan coherencia con la finalidad de los acuerdos especiales, que consisten en poner en vigor obligaciones derivadas de los instrumentos del DIH en el contexto del conflicto, por lo tanto, los acuerdos de terminación de hostilidades podrían tener otra naturaleza. Desde esa perspectiva un poco abyecta de la realidad del derecho internacional, es del todo rebatible a la luz de los principios integradores de este sistema normativo.

Una de las finalidades mismas del ordenamiento jurídico internacional es la *consecución de la paz*, como principio fundante de las relaciones internacio-

nales. Tan es así, que hace parte de los objetivos establecidos en las cartas de constitución de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos; a su vez, hace parte de ese férreo conjunto de matrices imperativas del derecho internacional: *ius cogens*⁹⁴. En este contexto, cualquier interpretación que no tenga armonía con un principio imperativo e inderogable, como aquella de pretender que no existe intención por parte del DIH (que también hace parte del *ius cogens*) de poner fin a las hostilidades en consonancia con los objetivos de la comunidad internacional, sería una evidente contradicción en los términos.

En efecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja se ha pronunciado en ese sentido y ha venido adoptando esa posición –reiteramos– con un amplio margen interpretativo sobre las disposiciones del artículo 3.º común de los Convenios de Ginebra. También, con la intención de zanjar cualquier diferencia doctrinal en ese sentido y asintiendo con las realidades de algunos países como Colombia, que por sus propias coyunturas necesitan elementos jurídicos con la suficiente solidez, para que a futuro sean observados este tipo de tratados, con independencia de la corriente política de turno.

94 Sentencia C-269 de 2 de mayo de 2014, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm>].

III. INGRESO DE LOS ACUERDOS ESPECIALES AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La discusión es enorme tratándose de la introducción de este tipo de acuerdos en el ordenamiento constitucional, por cuanto no es sencillo entender, en un menor grado de abstracción, que a consecuencia de que el DIH sea una norma integrante del bloque, estos acuerdos especiales *per se*, lo sean también, más allá de que exista un “consenso” sobre la naturaleza jurídica y los contenidos de los acuerdos especiales del artículo 3.º común.

Los acuerdos especiales imponen una intrépida tarea argumentativa al pretender que hagan parte del bloque de constitucionalidad, si entendemos que su celebración no modifica el estatuto jurídico de las partes. Así lo sostiene el artículo 3.º común:

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

De este modo tenemos dos escenarios posibles a saber: el primero, en donde las partes que celebran el acuerdo especial tienen la calidad de sujetos de derecho internacional; y el segundo, en donde alguna de ellas no posee dicha distinción. En consecuencia, la respuesta sobre si es vinculante no es nada sencilla, menos aun con el complejo andamiaje teórico que se ha cernido sobre el concepto del bloque.

Como antes referimos, el bloque de constitucionalidad está compuesto en su mayoría por tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, contentivos de derechos cuya conculcación se encuentre prohibida o no en situaciones de estado de excepción, comprendiendo las diferentes aristas del bloque de constitucionalidad. Junto con esto partimos de la premisa irrefutable que los Estados son sujetos de derecho internacional por excelencia, con capacidad para celebrar tratados internacionales⁹⁵ sobre las materias que les conciernen con otros sujetos de derecho internacional.

En este orden de ideas, cuando el Estado colombiano celebra un tratado con otro sujeto de derecho internacional, con aptitud y capacidad para obligarse internacionalmente, dicho acuerdo entra a ser parte del bloque de constitucionalidad siempre que trate sobre las materias necesarias para ser pieza integrante de éste. Es decir, que en el marco del DIH, los acuerdos especiales que se celebren con ocasión de un conflicto armado interno con un grupo insurgente al cual se le haya reconocido el estado de beligerancia, y por tanto detentara un reconocimiento internacional, se estaría frente a un verdadero tratado internacional.

La connotación de acuerdo especial no le resta su calidad de tratado internacional y por lo tanto no impide su inclusión en el bloque de constitucionalidad.

95 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/conf.39/27 (Viena, 23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331, Parte II, Sección Primera, disponible en [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf].

Incluso, en el escenario de pactarse cualquier otro tipo de obligación con fundamento en otra normativa que fuera ajena al DIH en el contexto de un conflicto armado interno, que no pudiera catalogarse como un acuerdo especial en el marco del artículo 3.º común, siguiendo el trámite argumentativo de la Corte Constitucional en materia del bloque, se podría afirmar con solvencia que también pudiera hacer parte integrante de éste por tratarse en estricto sentido de un tratado internacional. No obstante, valga la aclaración reiterativa, siempre y cuando en su contenido estén insertas cuestiones relativas a los derechos humanos.

Ahora, se impone una dificultad de mayor envergadura en la circunstancia de que alguna de las partes o ninguna de ellas se constituya como un sujeto de derecho internacional. Es así que en un análisis superficial de este escenario pudiera descartarse de tajo la inclusión en el bloque de un acuerdo especial con esas características (en el que alguna de las partes no tuviera personalidad jurídica internacional). En primer lugar, por no constituirse como un tratado, puesto que en esta figura del derecho internacional, es factible únicamente converger en su constitución dos sujetos de derecho internacional.

La celebración o conclusión de un tratado puede ser definida como “el acto único o el conjunto de actos a través del cual o de los cuales un sujeto de derecho internacional manifiesta su consentimiento por obligarse por un tratado”⁹⁶.

96 ERNESTO DE LA GUARDIA y MARCELO DELPECH. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1970, p. 193.

De esta forma, por ejemplo, la conclusión de un acuerdo de paz con un grupo insurgente que no cuenta con personalidad jurídica internacional, plantea serios problemas de cara a la imperatividad o no de las normativas del acuerdo especial. No obstante, es necesario remitirnos a la amplitud interpretativa del bloque, que incluso permite la inclusión de normas que no poseen el estatus de tratado cuando nos referimos al sentido lato del mismo.

En este punto, es importante retomar que el bloque de constitucionalidad no solo se conforma por normas de carácter internacional, sino que a su vez permite el acceso de otro tipo de disposiciones que encuentra aforo en esta mixtura normativa, aun cuando sean adoptadas solo en el *lato sensu*. De esa manera también es importante recordar que lo atinente al DIH y su integración al bloque, se hizo en virtud del carácter consuetudinario de sus disposiciones y que, por lo tanto, su positivización se torna “irrelevante” en materia de su imperativa observación por parte del Estado colombiano en respuesta a la tradición internacional sobre el respeto a un mínimo de garantías en el curso de los conflictos armados.

Ahora bien, el carácter dispositivo de los acuerdos especiales humanitarios no implica el reconocimiento sin limitantes de la primacía de la voluntad de las partes contratantes, pues el límite es muy preciso y se encuentra en el contenido mismo de los convenios y protocolos que conforman el DIH. Por eso mismo, las partes no cuentan con poderes infinitos a la hora de determinar el contenido de sus acuerdos especiales. Siendo así, ¿qué es lo que se pacta en un acuerdo es-

pecial? Lo que pactan las partes son obligaciones concretas en aras de reafirmar, por un lado, obligaciones ya existentes en materia de DIH, o por el otro, imponer obligaciones adicionales a las partes con un nivel más alto de detalle, determinando la forma o modo de su materialización.

Entonces, se traducen en últimas en acuerdos que reafirman la obligatoriedad de las disposiciones del DIH, siendo que por ningún motivo podrán pactarse condiciones que contradigan los preceptos en la materia, por consiguiente, se erigen además como instrumentos necesarios para la adecuación de aquellas normas imperativas (del DIH) a la situación particular del conflicto a regular, o en sí, al conflicto en concreto. En este sentido, al ser los acuerdos especiales un instrumento que reafirma las obligaciones humanitarias y que del mismo modo no cuentan con la posibilidad de alterar los contenidos de los convenios y protocolos, están impregnados de ese derecho consuetudinario imperativo, que más allá de cualquier positivización, impone obligaciones para los Estados.

Lo anterior comporta que al ser acuerdos que no solo se fundamentan sino que suponen un reconocimiento expreso de las obligaciones consuetudinarias integrantes del DIH, no habría razón jurídica válida para impugnar el carácter imperativo de su contenido, en tanto que su materia es la ratificación de aquellas preceptivas de obligatorio cumplimiento, que en sí mismas se entienden integrantes del bloque en estricto sentido. Existirían retos aún mayores de no atribuírsele este carácter imperativo a los acuerdos especiales, pues al no existir sintonía con relación a la

obligatoriedad de dichos acuerdos y el DIH, implicaría la asunción de interpretaciones erróneas y obstáculos en la práctica y eventual implementación.

Cabe señalar que tratándose de acuerdos de paz, la cosmovisión es distinta. Si bien es cierto que aquellos pueden ser tenidos como acuerdos especiales humanitarios, éstos lo son únicamente en aquellos apartados en donde se cobijen disposiciones de DIHO de derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando lo que se pacte con fundamento sobre este último ordenamiento esté encaminado a materializar ciertas disposiciones de carácter humanitario. De esta manera, puede presentarse una mixtura poco homogénea sobre la naturaleza de las disposiciones de un acuerdo de paz.

Salta a la vista que dentro de un acuerdo de paz, los temas sobre los cuales se va acordar van más allá de las garantías de los combatientes y no combatientes o el cese definitivo de las hostilidades, razón por la cual aspectos como la participación política y la reinserción también se instituyen como cimientos de un acuerdo de paz, por citar un ejemplo. De ahí se hace necesaria tal distinción: por un lado, de aquellas disposiciones que contengan aspectos humanitarios y hagan parte del DIH y del otro, disposiciones que vayan más allá de ello y que regulen aspectos particulares en asuntos políticos, económicos o necesarios en el ambiente de la coyuntura del conflicto.

Esta interpretación no disiente con lo preceptuado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que sobre el particular, en sus comentarios al artículo 3.º común, expresó:

Al respecto, cabe recordar que los “acuerdos de paz” concluidos con miras a poner término a las hostilidades pueden contener disposiciones derivadas de otros tratados de derecho humanitario, como la concesión de una amnistía a los combatientes que hayan realizado sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra, la liberación de todas las personas capturadas o el compromiso de buscar a las personas desaparecidas. Si contienen disposiciones derivadas del derecho humanitario, o si implementan obligaciones del derecho humanitario que ya incumben a las partes, esos acuerdos, *o las disposiciones pertinentes*, según corresponda, pueden constituir acuerdos especiales conforme al artículo 3.º común. Esto es particularmente importante, dado que las hostilidades no siempre cesan apenas se concluye un acuerdo de paz. (Itálicas fuera del texto original)⁹⁷.

En ese sentido, esta hermenéutica un poco fragmentada sobre la naturaleza de los acuerdos de paz nos permite inferir que solo aquellas disposiciones que tratan sobre la vigencia o aplicación de alguna normativa humanitaria pueden ser parte del bloque de constitucionalidad. Debido a que no existe una razón constitucionalmente válida para afirmar que aquellas normas dispositivas que ratifican la obligatoriedad del DIH y que incluso disponen de otras normas internacionales con tal de garantizar la vigencia de los preceptos de aquel ordenamiento, puedan entenderse como ajenas al bloque y mucho menos, que no pueda disponerse de ellas como parámetros interpretativos y de validez, aun para las normas posteriores que disponen su implementación.

97 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de un proceso de paz?*, cit., párr. 13.

Ahora, como reiterábamos en párrafos anteriores, la Corte ha aunado esfuerzos para ampliar la amalgama de normativas integrantes del bloque, para lo cual hizo uso de un principio interpretativo que antepone ante cualquier ejercicio hermenéutico restrictivo una interpretación más favorable o garantista de un derecho o una situación en concreto. Aclaró la Corte que

El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”⁹⁸.

Lo que conlleva a que la Corte, en aquello que tenga que ver con asuntos humanitarios, tendrá que abrir más explícitamente la puerta a este tipo de acuerdos, por lo menos en las materias que atañen a los derechos fundamentales, al DIH y demás normativas que contemplen garantías para el ser humano.

A juicio de este armazón argumentativo, los esfuerzos de los sectores que reclamaron una modificación a los acuerdos de La Habana en este punto y de manera consiguiente del artículo 4.º del Acto Legislativo 01 de 2016 citado⁹⁹, que contempla la introducción integral del texto de los acuerdos en el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, no yerran en su interpretación, puesto que la exigencia que se hizo y se incluyó

98 Sentencia C-438 de 10 de julio de 2013, M. P.: ALBERTO ROJAS Ríos, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-438-13.htm>].

99 Ver *supra*, nota n.º 60.

en el texto definitivo, protocolizado en el Teatro Colon de Bogotá fue el siguiente:

En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera firmado el día 12 de noviembre de 2016 que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del acuerdo final.

En esta tónica, el Estado colombiano integrará, en consonancia con la doctrina que la Corte ha creado en la materia, los contenidos de los acuerdos que versen sobre temas de DIH y derechos fundamentales, no en el sentido lato del bloque, sino como parámetro de validez de las normas que desarrollen dichos acuerdos (sentido estricto). La Corte Constitucional en pronunciamientos futuros estará en la obligación de manifestar su posición sobre este problema jurídico que provoca serias disputas en la materia. Lo más óptimo en materia de interpretación y para guardar una coherencia requerida, sería un pronunciamiento en favor de la inclusión de estas normativas mínimas en el bloque, para que de este modo los acuerdos especiales¹⁰⁰ en adelante, cuenten con un mínimo de seguridad jurídica y no queden al albedrío de las fuerzas políticas de turno. Pero como en muchas ocasiones, la Corte Constitucional tendrá la última palabra.

100 Sean o no acuerdos de paz.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y La Construcción de una Paz Estable y Duradera, de 24 de agosto de 2016, disponible en [<http://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf>].

CAICEDO PERDOMO, JOSÉ JOAQUÍN. “La teoría del *ius cogens* en el derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, enero-junio de 1975, pp. 261 a 274.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV), adoptada el 18 de octubre de 1907, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>].

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Ginebra, CICR, 2012, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>].

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolos adicionales I y II de los convenios de Ginebra, adoptados el 8 de junio de 1977, disponibles en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>].

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional, adoptado el 8 de diciembre de 2005, disponible en [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-iii.htm>].

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de un proceso de paz?*, 20 de junio de 2016, disponible en [<https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>].

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01 de 7 de julio de 2016, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *Diario Oficial*, n.º 49.927, de 7 de julio de 2016, disponible en [<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>].

Convención de 1899 para La Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, texto adoptado en la Conferencia de la Paz de 1899, disponible en [<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convención-de-1899-para-la-resolución-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>].

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/conf.39/27 (Viena, 23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331, Parte II, Sección Primera, disponible en [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992, MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-409-92.htm>].

Sentencia C-479 de 13 de agosto de 1992, MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>].

Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-574-92.htm>].

Sentencia C-295 de 29 de julio de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>].

Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>].

Sentencia C-251 de 28 de mayo de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>].

Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>].

Sentencia de C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm>].

Sentencia C-010 de 19 de enero del 2000, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm>].

Sentencia T-1309 de 7 de diciembre de 2001, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1309-01.htm>].

Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm>].

Sentencia C-438 de 10 de julio de 2013, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-438-13.htm>].

Sentencia C-269 de 2 de mayo de 2014, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-269-14.htm>].

Sentencia C-327 de 22 de junio de 2016, M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-327-16.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

DE LA GUARDIA, ERNESTO y MARCELO DELPECH. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1970.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945, disponible en [<http://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>].

“Polarización del país, reflejada en resultados del escrutinio”, Bogotá, *El Tiempo*, 2 de octubre de 2016, disponible en [<http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/resultados-plebiscito-2016-42861>].

PARDO FALCÓN, JAVIER. *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

PAVLOVICH JIMÉNEZ, GRETTEY. “El acuerdo especial humanitario frente al derecho internacional humanitario”, *Revista Justicia Juris*, vol. 9, n.º 1, enero-junio de 2013, pp. 48 a 55, disponible en [<http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/98/83>].

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO. *Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, 2007, disponible en [<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwirirKTPPYAhXCT98KHTceBoIQFggoMAE&url=http%3A%2F%2Fwww>].

hchr.org.co/index.php/publicaciones/category/2F48-didh-dih-dpi%3Fdownload%3D93%3Aderecho-internacional-humanitario-conceptos-basicos-infracciones-en-el-conflicto-armado-colombiano&usg=AOvVaw39fbUEZU9CuFLgUM5fyh8Z].

VELANDIA SÁNCHEZ, ARCENIO. *Derecho internacional humanitario. Las reglas de los conflictos armados*, Bogotá, Universidad la Gran Colombia, 2012.

CAPÍTULO CUARTO

LA CORTE CONSTITUCIONAL, LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y LA CONEXIDAD

Previo a determinar si es la interpretación sistemática la que ha permitido, a través de la figura de conexidad, otorgarle el carácter fundamental a aquellos derechos que no están en el Capítulo 1.º de la Constitución Política de Colombia¹⁰¹, es necesario que veamos cómo desde la Carta Política, con la creación de la Corte Constitucional, se puede acoger este método de interpretación como mecanismo para comprender y dar criterios más amplios para la protección y tutela de los derechos.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución, la interpretación que se hacía al respecto se limitaba a

101 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

critérios históricos, formalistas y exegéticos, tal como lo estableció DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA:

La insuficiencia de los criterios hermenéuticos más tradicionales, texto e historia, ha ocasionado que en Colombia, cada vez con mayor fuerza, prevalezcan interpretaciones sistemáticas y finalistas de la Constitución. Los jueces de instancia, sin embargo, más acostumbrados a métodos textualistas e historicistas de amplia aplicación en la ley, los empleaban también en la interpretación constitucional, con el resultado de negar con frecuencia acciones de tutela que la Corte Constitucional, mediante interpretaciones sistemáticas o finalistas estaba dispuesta a conceder. Por lo cual solo se protegían los derechos que estaban estrictamente catalogados como fundamentales, sin dar lugar a que un derecho que no se enmarcara en esta categoría fuera tutelado. Sin embargo, la Constitución y la Corporación creada con el fin de salvaguardarla, dio paso a una interpretación sistemática, anti formalista y con marcados criterios sociológicos, a través de los cuales, derechos que simplemente tenían la categoría de constitucionales podrían, por conexidad con derechos fundamentales, ser amparados como tales.

Para dar un análisis de los criterios que la Corte ha tenido en cuenta para realizar la interpretación constitucional frente a derechos conexos es necesario indagar en las facultades que esta tiene y que la misma constitución le ha dado. Es así que La Constitución Política de 1991, dio paso a una jurisdicción antes desconocida, la constitucional, que estaría en cabeza de la recién creada Corte Constitucional, a la cual le fueron otorgadas funciones establecidas en el artículo 241 numeral 9 de la Carta, en donde además de serle confiada la guarda y supremacía de la Norma Superior, tendría entre otras, la función de "Revisar en la forma que determine la ley, las decisiones

judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”¹⁰².

De igual forma, dentro del mismo articulado constitucional, el artículo 86 que regula el tema de la acción de tutela, establece dentro de su procedimiento preferente y sumario la remisión a la Corte Constitucional para que sea revisado el fallo de tutela que fue impugnado por las personas legitimadas para ello.

Esta acción fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, estableciendo que con ella se garantizarán los derechos constitucionales fundamentales, manifiesta al respecto que si versa sobre un derecho que no esté señalado de manera expresa como fundamental, pero que por su naturaleza se haga necesaria la tutela, la Corte Constitucional dará prelación a este supuesto. De lo anterior se infiere no solo como ya se ha dicho la facultad que tiene esta Corporación para revisar tutelas, sino la potestad de que en casos en donde haya de por medio un derecho “no fundamental”, se pueda analizar el caso concreto y darle cabida a la tutela y en últimas, amparar los derechos del accionante.

Tanto los fallos impugnados como los no impugnados serán enviados a la Corte Constitucional para ser eventualmente revisados mediante un sistema de selección, en cuyo caso, acorde con lo establecido en el artículo 33 de la disposición legal citada, serán desig-

102 DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *Interpretación constitucional*, 2.^a ed., Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, disponible en [http://www.ejrlb.net/sites/default/files/interpretacion_constitucional.pdf], p. 21.

nados dos magistrados para que seleccionen los pronunciamientos que serán objeto de revisión y decididos en un término de tres meses. Una vez seleccionado, se conformará la sala que tendrá tres magistrados, teniendo en cuenta que en caso de que el proyecto de fallo implique cambio de jurisprudencia, la decisión se tomará en Sala Plena. Debe expresarse la motivación, en todo caso, si la decisión de la Corte consistió en revocar, modificar el fallo, unificar jurisprudencia o cuando sean aclaradas normas de la Constitución.

Las normas aquí citadas son el fundamento jurídico de la facultad de la Corte para conocer tutelas en sede de revisión, el escenario que da lugar a ejercicios hermenéuticos para la toma de decisiones con relación al reconocimiento de alguna disposición constitucional, incluyendo los que tienen que ver con los derechos que no estén contemplados en la Constitución como fundamentales para lo cual dicha magistratura ha utilizado la conexidad, permitiendo así que la labor interpretativa acoja la posibilidad de que fueran tutelados derechos que el juez de instancia, por no tener conocimiento de la sistematización que entre derechos, principios y valores debe hacerse, negaban el amparo, lo que genera en últimas un perjuicio irremediable al accionante, a quien por vía de la conexidad, se le hubiere evitado a consecuencia de reconocimiento de su derecho.

Muchos han sido los fallos en lo referente a las acciones de tutela, que desde 1992 hasta la fecha fueron emitidos por la Corte como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, algunos tan emblemáticos que serán objeto de estudio posterior, dado que sen-

taron precedente en derechos que fueron amparados por conexidad, de tal forma que se unificaron criterios de interpretación aplicables al caso concreto.

La revisión no es por tanto solo una herramienta dada por el derecho procesal mediante la cual se estudia un fallo de tutela y se revocan o modifican las decisiones del juez de instancia, sino que también debe ser vista como una oportunidad jurídica para que se interprete la Constitución, a través del método hermenéutico que el magistrado de turno considere conveniente para dar cierre a una controversia en la cual hay de por medio una disputa entre derechos, cuyo reconocimiento está en entredicho.

Con estas facultades dadas a la Corte como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, se dio un cambio fundamental entre la interpretación y la efectividad de los derechos fundamentales, tema que es tratado por DIEGO YOUNES MORENO quien afirmó:

Dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez y no ya a la administración o el legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales¹⁰³.

La anterior afirmación nos lleva a soportar la facultad de la Corte Constitucional de declarar por vía de la acción de tutela la existencia de un derecho fundamental aun cuando no esté así consignado de manera expresa, con el único fin de que sean aplicados con eficacia.

103 DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho constitucional colombiano*, 15.^a ed., Bogotá, Legis, 2014, p. 125.

Una vez revisada la facultad del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, es necesario hacer una revisión clara de la forma de interpretación que ha sido estandarte de la amplitud de criterios y principios aplicables a la hora de dar un sentido a la norma constitucional, razón por la cual es fundamental que se entiendan las principales pautas propuestas por la norma civil, la jurisprudencia y la doctrina.

Son muchos los métodos interpretativos que pueden ser aplicables por la Corte Constitucional, sin embargo, para el tema que nos ocupa trataremos en especial los métodos exegético, histórico, sistemático y sociológico. Los dos primeros nos ayudarán a entender por qué a la hora de interpretar la Constitución para la resolución de acciones de tutela, en el supuesto en que el derecho en cuestión no tenga la categoría específica de derecho fundamental, no resultan adecuados, pues cercena la posibilidad de comprender de una manera más holística el caso concreto y niega la posibilidad de aplicar y de asumir la conexidad como criterio fundante del pronunciamiento. En ese sentido, la exégesis y el historicismo resultarían insuficientes y poco prácticos para interpretar este tipo de situaciones. Por el contrario, son las interpretaciones sistemática y sociológica las que sustentan las decisiones de la Corte, teniendo como consecuencia la tutela de derecho que en un primer análisis distan de ser fundamentales.

La interpretación histórica “es la que indaga las

raíces de la norma”¹⁰⁴, de tal forma que se traen a colación las razones que propiciaron su expedición. Este modelo historicista que IVÁN VILA CASADO determinó como “criterio que considera la génesis de cada ley en una situación histórica determinada”¹⁰⁵, busca en primer lugar indagar sobre los antecedentes de la norma, los que se encuentran tanto en la exposición de motivos del proyecto como en los debates parlamentarios. En segundo lugar, se pretende relacionar la norma con las anteriores. Situación que normativamente fue retomada por el artículo 27 de Código Civil al señalar:

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento¹⁰⁶.

Lo cual, frente a la norma constitucional consiste por tanto en ir a las fuentes históricas que en este caso reposarían en las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente¹⁰⁷. Otra significación a este método interpretativo, según lo señala LÓPEZ MEDINA¹⁰⁸, se da cuando se contempla la Constitución aplicando estu-

104 IVÁN VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2012, p. 339.

105 VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit., p. 57.

106 Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

107 GASPAR CABALLERO SIERRA y MARCELA ANZOLA GIL. *Teoría constitucional*, Bogotá, Temis, 1995.

108 *Interpretación constitucional*, cit.

dios históricos sobre el significado que originalmente se le ha conferido y de ese modo, encontrar la voluntad primaria del constituyente.

El historicismo, también llamado así por algunos autores, ofrece grandes problemas relacionados con el hecho de que las actas de la Asamblea no resultan del todo confiables y completas, razón por la que no son muestra de los consensos constitucionales y resultaría poco fiable reducir el sentido de la Carta Política al subjetivismo, es decir, a los planteamientos de sus autores; además, como segundo problema, teniendo en cuenta la forma como la Constituyente se conformó, habría problemas en determinar cuáles de esos aportes deben ser tomados a la hora de desatar un juicio interpretativo.

En sus primeros fallos la Corte optó por usar este método, no obstante, por las dificultades y problemas que la interpretación histórica ofrece, el método es raramente tenido en cuenta. Como ejemplo de esto se cita la Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992¹⁰⁹ y una posterior de constitucionalidad, la C-511 de 16 de noviembre de 1994¹¹⁰ donde queda en evidencia la posición que se maneja al respecto, a manera de crítica, de la siguiente forma:

A nivel de la interpretación constitucional, el argumento

109 MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-409-92.htm>].

110 M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-511-94.htm>].

histórico es de alcance limitado, por cuanto no es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado en la Constitución [...] por ello debe predominar, en general una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional [...] y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente.

Si los constituyentes decidieron llamar al Capítulo I “De los derechos fundamentales” y no incluir ahí algunos derechos, esto no debe ser óbice para que el intérprete se limite a categorizar los derechos de la forma que se hizo, sino que puede romper esa estructura y hacer extensiva esta categoría de fundamentales, sistematizando los derechos constitucionales en su integridad, teniendo en cuenta dicho sea de paso, otras normas del ordenamiento, además de principios y valores fundamentales para el Estado social de derecho, pues solo de esta manera se podría lograr la efectividad de las garantías fundamentales.

I. INTERPRETACIÓN EXEGÉTICA

La exégesis es el método de interpretación constitucional según el cual el sentido de las normas es el gramatical, por lo cual autores como JACOBO PÉREZ ESCOBAR¹¹¹ se refieren a éste como el método gramatical o literal mediante el cual el intérprete debe acudir “al sentido expresado por las propias palabras empleadas en el texto, ya que las palabras son el vehículo

111 JACOBO PÉREZ ESCOBAR. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2010, p. 101.

de expresión de las ideas”.

Bajo el criterio gramatical, se hace necesario llegar a la literalidad de la norma, de esta forma el mismo Código Civil ya citado en sus artículos 27, 28 y 29 hace referencia a que cuando de la lectura de la norma hay claridad en su sentido, no se debe desprender de su tenor literal, agrega además que los términos que allí se encuentren se definirán como de manera habitual, natural y ordinaria éstos sean entendidos, más no deben ser usados términos técnicos y complejos. Y en caso de que ya exista una significación legal al respecto, será ésta la que se tome en cuenta.

Lo anterior se puede complementar con lo que VILA CASADO establece respecto a la interpretación gramatical, la cual implica “la determinación del sentido gramatical de las palabras y de las posiciones. Hay que buscar, en principio, el significado literal de las normas”¹¹². De esta forma de interpretación, por el contenido textual de la norma, la Corte ha sido enfática en manifestar que si un juez constitucional le da esta interpretación a la ley, en muchos casos desatendería el verdadero fin de la misma y limitaría las garantías de los derechos que la misma Corte protegería por vía de conexidad.

II. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

112 VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit.

Propuesto por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY¹¹³, este criterio de interpretación busca una relación de la norma con el conjunto normativo e institucional que la rodea dentro de un sistema que se entrelaza, el pensador alemán manifestó que esta teoría “tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de la vasta unidad”¹¹⁴, entendida ésta como criterio de interpretación constitucional, busca darle un sentido que agrupe la normativa contenida en cada una de las disposiciones constitucionales, principios y valores que establece la Carta. Frente a la misma, la Corte ha establecido en Sentencia C-032 de 27 de enero de 1999¹¹⁵:

Atendiendo al principio de interpretación sistemática de la ley, que considera la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece.

La interpretación frente al vínculo de la norma dentro de un sistema jurídico no se limita a la integración con las demás reglas que componen el sistema, sino que también implica su relación con los principios y valo-

113 Frankfurt am Main, 21 de febrero de 1779-Berlin, 25 de octubre de 1861.

114 Como es citado por RODRIGO UPRIMNY YEPEZ y ANDRÉS ABEL RODRIGUEZ VILLABONA. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, disponible en [<http://ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a6/9.pdf>], p. 251.

115 M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1999/C-032-99.htm>].

res que han sido establecidos, aún más cuando ésta se hace frente a una disposición constitucional, así como sostuvo la Corte en Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005¹¹⁶ al decir:

Si no se hace una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, así como si se deja al margen el conjunto de principios que la inspiran y que le dan unidad, esto es, si se analiza uno por uno y de manera aislada.

Como lo afirma VILA CASADO¹¹⁷ y lo confirma el Código Civil ya citado, “el criterio sistemático intenta poner de presente la conexión interna de todas las instituciones y reglas jurídicas como un todo coherente” y a este respecto, el artículo 30 dispone: “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Ese criterio sistemático acogido por la Corte se ha venido definiendo como un mecanismo que permite hacer una interpretación integral del conjunto normativo que se correlaciona y articula entre sí. Al respecto, también VILA CASADO manifestó:

Criterio sistemático apunta a la interpretación de la norma en función del contexto del cual hace parte. Significa esto que debe tenerse en cuenta el resto de las palabras

116 MM. PP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

117 VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit.

de la norma o también otras normas de la misma ley o de otras leyes relacionadas con el mismo asunto¹¹⁸.

Tesis que se ha sostenido en varios pronunciamientos de la Corte, tal como la Sentencia C-649 de 20 de junio de 2001¹¹⁹, donde determinó que la interpretación sistemática es la lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta.

Es así que una norma constitucional debe ser interpretada en concordancia con el conjunto de derechos, principios y valores que integran ese ordenamiento normativo para lograr darle un significado y una protección determinada, puesto que de llegarse a interpretar como una norma aislada, se estaría desconociendo el mismo espíritu por el cual fue contenida en la Constitución Política.

Aun cuando este criterio hermenéutico tenga un problema fundamental consistente en que no hay ordenamientos perfectos, ni se estructuran normas que siempre puedan ser interpretadas las una con las otras, sí existe un modelo claro que permitirá suplir esas deficiencias del ordenamiento y se refiere a siempre lograr observar la base del ordenamiento jurídico que se asienta sobre el principio de la dignidad humana, así como la aplicación de criterios de ponderación y de proporcionalidad que permitirán superar

118 *Ibíd.*, p. 330.

119 M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-649-01.htm>].

los conflictos que se presenten entre derechos y principios respectivamente.

III. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

Para lograr una interpretación constitucional “correcta”, es necesario hacerla con base en la realidad, o lo que es lo mismo, aplicando el método sociológico, que permite mantener el texto constitucional vivo y adaptándolo a las exigencias que de momento sean necesarias. Por tanto, muchas veces para darle el sentido a la norma constitucional es necesario ir más allá de ésta y acudir como solución interpretativa a la realidad del constructo social, sin embargo, la anterior afirmación resultaría ser muy amplia y podría acabar en el desconocimiento de la normatividad, por lo cual se hace necesario hablar de la interpretación como concretización, teoría apoyada por autores como KONRAD HESSE¹²⁰ y FRIEDRICH MÜLLER.

La defensa de la normatividad constitucional y el respeto al carácter normativo de la Carta, sin acudir a un formalismo excesivo o a una racionalidad absoluta, es la forma como la concretización de la interpretación constitucional pretende dar una solución. Se afirma al respecto, conforme a lo dicho por HESSE que

la interpretación constitucional es concretización. Ello significa que lo que no aparece de forma clara como con-

120 Königsberg, Alemania, 29 de enero de 1919-Merzhausen, Alemania, 15 de marzo de 2005.

tenido de la Constitución, debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad social¹²¹.

El criterio fundamental sigue siendo la norma que debe ser interpretada, solo que cuando el análisis de estas normas resulte ser insuficiente o no esté completo para dar solución al conflicto, la interpretación será “concretizada” con las bases que la realidad social nos ofrezca al respecto.

En eso precisamente consiste el método sociológico, en el uso de la realidad social como método interpretativo que ha sido implementado en algunos fallos de la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994¹²² que trata sobre la despenalización del consumo mínimo, la Corte además de entrar a analizar las normas demandadas y las constitucionales, tuvo en cuenta los efectos sociales que se presentaban alrededor de este tema. Así también lo ha hecho en sentencias de tutela, como la T-778 de 27 de julio de 2005¹²³, en donde también los criterios sociológicos fueron fundamentales a la hora de decidir sobre la anulación de la elección de una concejal perteneciente a un grupo indígena.

121 Como se citó en VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit., p. 340.

122 M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>].

123 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-778-05.htm>].

IV. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Para dar solución a los problemas que puede enfrentar el intérprete constitucional y se puede acudir a los principios que para este propósito están destinados. Se tendrán en cuenta los principios establecidos por VILA CASADO¹²⁴.

El primero de ellos es la unidad de la Constitución, concepto con el cual la Carta Política debe ser un todo unitario, que concrete y optimice su contenido para evitar que hayan contradicciones entre sus propias normas. Para hacer efectivo este principio y darle una verdadera aplicación, es necesario hacer uso de otros postulados derivados del contenido global de la Norma Superior, tales como el Estado social de derecho, la soberanía popular, la igualdad, la democracia participativa entre otros.

El segundo, que se relaciona de manera estrecha con el anterior, es el principio de armonización que establece que con el fin de lograr una armonía, ningún bien jurídico puede ser superior a otro a menos que una norma constitucional explícitamente así lo autorice, de tal forma que deben ser coordinados entre sí y no ponderados en forma precipitada.

La corrección funcional es el tercer principio de la interpretación constitucional, el cual funciona más bien como una limitante en lo que tiene que ver con que no se le permite al juez constitucional “alterar las

124 VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit.

funciones que la Constitución atribuye a cada uno de los órganos, ni modificar la distribución de las funciones, so pretexto de interpretarla”¹²⁵. Con este principio, en últimas, se pretende garantizar que la labor interpretativa de la Corte Constitucional no interfiera con la labor legislativa.

Garantizar la unidad y la integración nacional es la función del cuarto de los principios, el de la eficacia integradora de la Constitución, por lo cual deben primar en la hermenéutica constitucional los puntos de vista que mantengan esa unidad y en consecuencia, no puede hacer prevalecer toda idea que produzca resultados perjudiciales en lo político y en lo social.

La interpretación también debe tener en cuenta lo incorporado a través del bloque de constitucionalidad, que integra al ordenamiento jurídico los tratados y convenios que traten sobre derechos humanos que no pueden ser limitados durante situaciones de estado de excepción, puesto que tenerlos en cuenta –además de ser imperativo por lo establecido en el artículo 93 de la misma Constitución– es práctico con el fin de darle un alcance y un sentido más sólido a los derechos fundamentales. Este como último principio de la interpretación constitucional.

Una vez vistas las facultades y las formas de interpretación propuestas desde la norma, la jurisprudencia y la doctrina, entremos a dar una solución al problema que se plantea a partir de cómo se ha dado

125 *Ibíd.*, p. 254.

el trato de los derechos fundamentales conexos en la actualidad.

Desde un concepto más teórico a la interpretación constitucional, se debe decir que es una operación mental hecha por los jueces con el objetivo de darle un sentido y un alcance a las normas de derecho constitucional, las cuales tienen la máxima fuerza jurídica dentro de sistema¹²⁶.

Frente a este concepto, se debe tener en cuenta cuál es el sentido de la Constitución, lejos de afirmar por lo ya dicho, que su sentido es subjetivo, entendido éste como la expresión de la voluntad de los constituyentes como autores de la misma, pues eso sería caer en los personalismos y en esa concepción estática que como ya se dijo, no es la correcta al interpretar la Constitución bajo un contexto de derecho viviente, debido a que hay circunstancias en que la voluntad del legislador se enmarca en un derecho que él no previó y no podía prever¹²⁷. Es preciso mencionar que el sentido de las normas constitucionales debe ser el lógico-objetivo, el cual es del todo independiente de la voluntad inicial de sus autores¹²⁸, lo que da cabida a hacer uso de métodos hermenéuticos sistemáticos y sociológicos, más allá de los históricos o exegéticos.

Con la aplicación del criterio sistemático y sociológico, la protección que en nuestro ordenamiento jurí-

126 JAIME ARAÚJO RENTERÍA. *Teoría de la Constitución*, Bogotá, Editorial Presencia, 1996.

127 VILA CASADO. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, cit.

128 PÉREZ ESCOBAR. *Derecho constitucional colombiano*, cit.

dico está establecida para los derechos fundamentales se hizo más amplia, de manera que más derechos fueron tutelables dando un papel protagónico al derecho constitucional. Lo anterior se vio reflejado en los primeros fallos emitidos por la Corte, donde fue evidente la aplicación de una nueva doctrina en donde la “fundamentalidad” del derecho no dependía de manera irrestricta de su naturaleza o de su ubicación dentro del articulado constitucional, sino que habría lugar a que por su estrecha relación con derechos fundamentales que en estricto sentido son denominados como tal, fueran protegidos, pues de otra forma se contraría el ánimo del constituyente de garantizar el mayor espectro de reconocimiento posible de los derechos.

En la Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992¹²⁹, la primera en desarrollar este término, se aborda el tema en cuestión afirmando:

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos, sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial.

129 M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

Esta conexidad, según lo establecido por la Corte, también debía tener en cuenta el caso concreto en el cual sería declarada para entrar a ser analizadas las circunstancias especiales en que por ejemplo, un derecho social, cultural, económico y colectivo, que en principio no se acomoda a la categoría de fundamental por las circunstancias particulares, serían protegidos de la forma como el ordenamiento jurídico establece para un derecho fundamental, supuesto bajo el cual puede ser analizado el método sociológico de interpretación. En tal sentido, la Sentencia T-571 de 26 de octubre de 1992 estableció:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos¹³⁰.

De lo anterior podemos encontrar que la conexidad se convierte en un mecanismo por medio del cual se comunica la calidad de fundamental a un derecho que en principio no lo era, considerado desde una visión exegética de la Constitución. Pero esta construcción se logra desde la interpretación sistemática del derecho que quiere ser protegido y de la situación fáctica, pues así el juez constitucional puede determinar que sin el amparo del primero, se contraviene un derecho considerado en sí mismo como fundamental.

130 M. P.: JAIME SANÍN GEIFFENSTEIN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-571-92.htm>].

La Constitución debe dejar de ser vista únicamente como un compendio de artículos de los que deben partir las demás normas que integran el sistema y los operadores jurídicos que la aplican. Es necesario darle un concepto más práctico y que no limite su función dentro del ordenamiento, por lo cual la Norma Superior debe ser lo que los operadores, en especial los jueces, hagan de ella, dado que es su función darle el verdadero alcance y contenido a las disposiciones allí contenidas. Pero quizás lo más importante son los jueces constitucionales, quienes deben materializar en el caso concreto¹³¹ y no limitarse a las generalidades que de una interpretación formalista, histórica y exegética se logre, adaptándose de paso a la realidad social y a las inflexiones políticas.

Lo dinámica que resulta ser la Constitución da cabida a la interpretación constitucional, con la cual esa decisión política plasmada en un texto que tuvo la Asamblea Constituyente, se hace viviente a través de los pronunciamientos que versen sobre normas constitucionales, tal es el caso de las sentencias de tutela proferidas en virtud de la facultad que tiene la Corte Constitucional en sede de revisión. Por tanto, la interpretación constitucional hace que la Carta Política no resulte estar tan solo contenida en un libro jurídico, con preámbulo, títulos, capítulos y artículos, sino que se complementa y cobra vida con las decisiones judiciales que involucren las normas allí insertas¹³².

131 LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1996.

132 Ídem.

La anterior constituye la conclusión a la que llega SÁCHICA APONTE¹³³, refiriéndose a la función de la Constitución y de paso cuestionándose al respecto:

Si el intérprete debe [...] tomar posición frente a si la Constitución es algo dado [...] o es algo implícito en el proceso político que debe ser sacado a la luz por la interpretación de los hechos o es lo que está por hacer y el intérprete debe contribuir a construir¹³⁴.

Este nuevo concepto, traído por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha instituido una serie de elementos novedosos para dar paso a derechos fundamentales conexos. A modo de ejemplo se encuentran fallos de tutela frente a derechos como la salud, la vivienda digna y pensionales algunos de los cuales analizamos a continuación:

A. Derecho a la salud como derecho fundamental

Este derecho consagrado por el artículo 48 de la Constitución Política, al definirlo como un servicio público, además desarrollado por la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993¹³⁵ y al integrarse el Sistema de Seguridad Social en Salud, fue entendido en los inicios de la interpretación constitucional como un derecho que no tenía la condición de fundamental, por lo cual

133 Ídem.

134 *Ibíd.*, p. 372.

135 *Diario Oficial*, n.º 41.148, de 23 de diciembre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248>].

en muchos casos y por el modelo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política no era susceptible de ser tutelado, poniendo en riesgo las garantías prestacionales que implica el núcleo esencial de esta garantía.

La Corte Constitucional dio solución a esta problemática mediante la tesis de conexidad de los derechos fundamentales, realizó una construcción que permitió tutelar el derecho a la salud siempre que de la situación fáctica se pudiera determinar que sin su amparo inmediato se pondría en riesgo la integridad y la vida del accionante, es así que en fallos de tutela como la Sentencia T-180 de 2 de abril de 2013¹³⁶, al realizar un recuento de la jurisprudencia de esta alta Corte, pudo establecer dos momentos de la interpretación sobre el carácter fundamental del derecho a la salud: El primero, en el que seguía los parámetros ya expuestos con una claridad construida por la misma jurisprudencia, con la Sentencia T-1081 de 11 de octubre de 2001¹³⁷, cuando se tratare de personas de especial protección, este derecho se convertía en fundamental y autónomo. El segundo momento lo encontramos a partir del fallo de tutela T-016 de 22 de enero de 2007¹³⁸, el cual partió el paradigma de la conexidad de la salud por su relación con el derecho a la vida para darle autonomía y volverlo fundamental por

136 M. P.: JOSÉ IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-180-13.htm>].

137 M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1081-01.htm>].

138 M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>].

su relación con los valores y principios que regían la Constitución Política al decir:

La fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Si bien es cierto que hoy con la Ley Estatutaria 1751 de 16 de febrero de 2015¹³⁹ de salud no existe duda sobre el carácter fundamental del derecho a la salud como garantía autónoma e independiente, ha sido a partir de la figura de la conexidad y de la jurisprudencia como por años se ha hecho valer este derecho.

B. Derecho a la vivienda digna como derecho fundamental

Este derecho consagrado por el artículo 51 de la Constitución Política, contenido en el capítulo segundo sobre los derechos sociales, económicos y culturales, busca garantizar a las personas el poder vivir en condiciones dignas que le permitan desarrollarse en el marco de un Estado social de derecho, así como el deber del Estado de promover programas y planes de vivienda de interés social, que de alguna manera hizo entender el derecho a la vivienda digna como una garantía asistencial.

139 *Diario Oficial*, n.º 49.427, de 16 de febrero de 2015, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=60733>].

En principio, desde una interpretación exegética de la norma y por el capítulo en que se encontraba la disposición, no se permitía que fuera tutelado en tanto que no se consideraba como derecho fundamental. En respuesta a esta situación, la Corte Constitucional a través de sus fallos de tutela y en aplicación de una interpretación sistemática, le confirió la calidad de fundamental por encontrarse conexo con derechos y principios como la dignidad humana, la vida, la integridad personal e incluso, por la protección especial que debe brindarse a ciertos grupos poblacionales.

Lo anterior se refleja en la Sentencia T-1091 de 26 de octubre de 2005¹⁴⁰, la cual determinó:

El derecho a la vivienda puede ser protegido por el juez de tutela, cuando dadas las circunstancias particulares de debilidad manifiesta en que se encuentra quien la posee, es o puede ser injustamente despojado de ella y con ello se afecta su mínimo vital o el de su familia, o cuando adquiere el rango de fundamental por el factor de conexidad con otro derecho fundamental. Las anteriores circunstancias pueden ser consideradas por el juez de tutela, para otorgar una protección bien definitivamente o de manera transitoria, aun tratándose de relaciones contractuales entre particulares, cuando por la acción o la omisión de quien abusando de su posición dominante y vulnerando el principio de confianza legítima, coloca a quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta en condiciones de poder la propiedad de la vivienda en la que habita.

140 M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1091-05.htm>].

C. El derecho pensional como derecho fundamental conexo

Este derecho consagrado por el artículo 48 de la Constitución Política establece la seguridad social en pensiones como una garantía irrenunciable, progresiva y desarrollada por entidades públicas y privadas sujeta a las disposiciones legales en la materia, a saber, la Ley 100 de 1993 citada, la Ley 797 de 29 de enero de 2003¹⁴¹, entre otras, que se ocupan del Sistema General de Pensiones.

En un primer momento, los derechos pensionales, por su carácter de derecho social, económico y cultural, al estar contenido en el capítulo segundo de la Constitución, no se constituyeron como un derecho susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela, en tanto no cumplía con ese requisito esencial de ser un derecho fundamental, a la manera exegética. No obstante, asumió la connotación de tal derecho por vía de una interpretación sistemática con otras garantías fundamentales conexas, tan es así, que hoy en día la Corte Constitucional a través de fallos de tutela ha consentido su amparo siempre que la situación fáctica demuestre que en caso de ser menoscabado, se estaría generando una vulneración a un derecho que si ostenta la calidad de fundamental a primera vista.

Pero, cabe destacar que esa construcción hecha por la Corte tiene una serie de requisitos que implican la

141 *Diario Oficial*, n.º 45.079, de 29 de enero de 2003, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html].

identificación precisa de situaciones fácticas que puedan desencadenar el amparo. Quizás una de las situaciones más frecuentes es el reconocimiento de prestaciones económicas por parte de las administradoras pensionales, cuando por procedimientos extensos a la hora de resolver solicitudes de pensión o en muchos casos la no respuesta a las mismas ponen en peligro la vida, el mínimo vital, la dignidad humana, el derecho al trabajo y el derecho a petición de los accionantes; de manera similar, se presenta una amplia variedad de situaciones en que se ha otorgado el amparo a la seguridad social en pensiones como derecho fundamental conexo.

Una vez revisado el marco normativo y jurisprudencial en que la Corte ha desarrollado su interpretación frente a la calidad o no de derechos fundamentales por vía de conexidad, entendemos que es la interpretación sistemática y sociológica la forma en que ésta ha dado solución al conflicto sobre aquellos derechos que aunque no están establecidos de manera expresa en la Constitución como garantías fundamentales, pueden llegar a ser considerados como tales.

Es así como la Corte ha establecido unas características para determinar esa calidad de conexos en los derechos, tal como ha sido expuesto en las sentencias de tutela que por vía de revisión han dado para construir una fortalecida teoría de la conexidad, de este modo, tenemos como elementos: 1. Que sea un derecho que no ha sido consagrado como fundamental por la Constitución; 2. Que de la situación fáctica se desprenda una relación entre el derecho tutelado y un derecho fundamental; y 3. Que el no amparo del de-

recho ponga en riesgo, en virtud de la relación *íntima e inescindible*, uno o varios derechos fundamentales.

Es de destacar, a título de conclusión, que el manejo que ha hecho la Corte de los derechos fundamentales conexos se sustenta en las facultades que ostenta como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y de su función hermenéutica, fallando en cada caso conforme a las circunstancias fácticas y al echar mano de los criterios de interpretación sistemático y sociológico que le han permitido extender el margen de aplicación de los derechos.

Se convierten los derechos fundamentales, principios y valores de la Constitución, en pilares que permiten interpretar de forma idónea las garantías planteadas por el constituyente y actualizarlas cada vez más a los nuevos contextos sociales.

De igual manera, surge una obligación en cabeza del intérprete de la Constitución de velar en cada caso concreto por determinar si se presentan las características que permitan observar si se está en presencia de derechos fundamentales por conexidad; siendo así, dejamos de lado una teoría hermética sobre los derechos y ampliamos el margen de aplicación de aquellos, con fundamento en una interpretación sistemática y sociológica del entramado normativo.

BIBLIOGRAFÍA

ARAÚJO RENTERÍA, JAIME. *Teoría de la Constitución*, Bogotá, Editorial Presencia, 1996.

CABALLERO SIERRA, GASPAR y MARCELA ANZOLA GIL. *Teoría constitucional*, Bogotá, Temis, 1995.

Código Civil colombiano, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-511 de 16 de noviembre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-511-94.htm>].

Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992, MM. PP.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-409-92.htm>].

Sentencia T-571 de 26 de octubre de 1992, M. P.: JAIME SANÍN GEIFFENSTEIN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-571-92.htm>].

Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>].

Sentencia C-511 de 16 de noviembre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-511-94.htm>].

Sentencia C-032 de 27 de enero de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-032-99.htm>].

Sentencia C-649 de 20 de junio de 2001, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-649-01.htm>].

Sentencia T-1081 de 11 de octubre de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1081-01.htm>].

Sentencia T-778 de 27 de julio de 2005, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-778-05.htm>].

Sentencia C-1040 de 19 de octubre de 2005, MM. PP.: MANUEL JOSÉ CEPEDA, RODRIGO ECOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY, HUMBERTO SIERRA, ÁLVARO TAFUR y CLARA INÉS VARGAS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>].

Sentencia T-1091 de 26 de octubre de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1091-05.htm>].

Sentencia T-016 de 22 de enero de 2007, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-016-07.htm>].

Sentencia T-180 de 2 de abril de 2013. M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-180-13.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

Decreto 2591 de 1991, Diario Oficial, n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991, disponible en [].

Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Interpretación constitucional*, 2.^a ed., Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, disponible en [http://www.ejrlb.net/sites/default/files/interpretacion_constitucional.pdf].
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2010.
- SÁCHICA APONTE, LUIS CARLOS. *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1996.
- UPRIMNY YEPEZ, RODRIGO y ANDRÉS ABEL RODRIGUEZ VILLABONA. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, disponible en [<http://ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a6/9.pdf>].
- VILA CASADO, IVÁN. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2012.
- YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho constitucional colombiano*, 15.^a ed., Bogotá, Legis, 2014.

CAPÍTULO QUINTO
JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA
VIVIENDA DIGNA A TRAVÉS DE LA ACCIÓN
PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD,
EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LOS
DERECHOS Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

INTRODUCCIÓN

La justiciabilidad, entendida según RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA¹⁴² como exigibilidad jurídica de los derechos sociales fundamentales, no se limita tan solo a la demanda por parte de un administrado, a través de un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para el reconocimiento individual de un derecho

142 RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA. "Derechos sociales", cap. 47, en JORGE LUIS FABRA ZAMORA y ÁLVARO NÚÑEZ BAQUERO (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 1677 a 1711, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>].

que se supone conculcado en una situación fáctica concreta. De esta manera, la acción pública de inconstitucionalidad también se instituye como un mecanismo idóneo para exigir el reconocimiento de un derecho conculcado en un nivel mayor de abstracción, en este caso, al Estado como uno de los responsables de su cumplimiento. Si bien es cierto existen disposiciones normativas que no implican *prima facie* una vulneración evidente de un derecho, el reconocimiento de la fundamentalidad y la adopción de instrumentos y conceptos derivados del derecho internacional de los derechos humanos, imponen nuevas aristas que involucran la reconducción del ejercicio legislativo en la dirección de un amplio margen de reconocimiento de los derechos incluidos en la Carta Política.

En este caso, analizaremos más en concreto la exigencia de un ciudadano, que por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, demanda el reconocimiento de un derecho social fundamental como el de la vivienda digna, que a su juicio se vulnera por la expedición de una norma, que a su vez deroga una disposición contentiva de una exención tributaria en materia de acceso al recurso hídrico y el agua potable, por instituirse como un retroceso evidente y por contravenir el principio de progresividad en facetas prestacionales del derecho a la vivienda digna. Junto con ello, esgrime otros argumentos con el objetivo de fundar la inconstitucionalidad de la disposición, los cuales se abordarán con brevedad, pero sin duda, el argumento relativo al principio de progresividad se enmarca como matriz necesaria del curso argumentativo de nuestro análisis.

Todo esto en contraste con dos textos de ARANGO RIVADENEIRA¹⁴³, por reportar elementos de análisis más próximos a la dogmática que sobre los derechos fundamentales ha construido la Corte a lo largo de los años, para lo cual iremos identificando aspectos clave de este aporte teórico en el decurso analítico del contenido de la providencia estudiada.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional escogido para el desarrollo del presente escrito es la Sentencia C-493 de 5 de agosto de 2015¹⁴⁴.

I. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA DESDE EL ANÁLISIS DE UNA JURISPRUDENCIA

A. Hechos

Tratándose de una acción pública de inconstitucionalidad, los hechos se resumen en la expedición de un aparte normativo, que a juicio del accionante, constituye una trasgresión a algunos contenidos de la Constitución Política. Ilustrando lo antedicho, nos permitimos transcribir el aparte correspondiente a los antecedentes de la controversia.

143 Por un lado el de “Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”, en ARMIN VON BOGDANDY (ed.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, disponible en [<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/justiciabilidad.pdf>] y del otro, el texto de “Derechos sociales”, cit.

144 M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-493-15.htm>].

1. El ciudadano JAIRO DÍAZ HERNÁNDEZ, en ejercicio del derecho consagrado en los artículos 40.6 y la competencia prevista en el artículo 241.4 de la Constitución Política¹⁴⁵, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 de la Ley 1593 de 10 de diciembre de 2012¹⁴⁶, por el cual se derogó el artículo 59 de la Ley 1537 de 20 de junio de 2012¹⁴⁷, por considerarla incompatible con los artículos 51, 158 y 367 de la Constitución Política.

2. A continuación, se transcribe la disposición citada, tal como fue publicada en el *Diario Oficial*, y se resaltan los apartes demandados.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 96. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, surte efectos fiscales a partir del 1.º de enero de 2013 y deroga el artículo 59 de la Ley 1537 de 2012.

145 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

146 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2013, *Diario Oficial*, n.º 48.640, de 10 de diciembre de 2012, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1593_2012.html].

147 “Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 48.467, de 20 de junio de 2012, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1537_2012.html].

Para comprender el alcance de la derogatoria, se transcribe también el texto de la disposición derogada:

Artículo 59. Con el fin de garantizar el acceso al agua potable y mantener las tarifas de los servicios públicos esenciales asequibles a la población de bajos ingresos, no se podrá trasladar el cobro de tasa retributiva y/o tasa por uso del recurso, a la población que pertenezca a los estratos 1, 2 y 3. Por tal razón, la autoridad ambiental regional y de desarrollo sostenible (car) deberá descontar el efecto que la población excluida causa dentro de la contabilización y valoración de las tasas aquí mencionadas, y la entidad prestadora del servicio deberá efectuar las correcciones tarifarias a que haya lugar, hasta por cinco años¹⁴⁸.

B. Cargos planteados por el actor

A continuación, transcribiremos el aparte constitutivo del cargo de inconstitucionalidad que fundó el fallo del tribunal constitucional:

3.1. Cargo por violación del artículo 51 de la Constitución Política.

La norma derogada, es decir, el artículo 59 de la Ley 1537 de 2012, por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones, preveía una exención en el pago de una tasa por el uso del recurso hídrico para la población de los estratos uno, dos y tres. En ese sentido, se trataba de una medida destinada a satisfacer el derecho a una vivienda digna. El legislador no puede, en esta materia, “estar fijando condiciones y posteriormente reti-

148 Sentencia C-493 de 2015, cit.

rándolas del ordenamiento legal”, en tanto se trata de una condición de eficacia de un derecho fundamental. En ese marco, citó diversos elementos del derecho a la vivienda digna, tomando como fundamento la Sentencia C-359 de [26 de junio de] 2013 de la Corte Constitucional^{149]}, así: “a) El Estado debe construir una nueva política de vivienda de interés social y de interés prioritario, enfocada a todas las familias colombianas de menores ingresos y a cargo fundamentalmente de entidades del orden nacional y territorial. b) Una legislación adecuada permite enfrentar situaciones adversas a personas o colectivos. c) El Estado social de derecho se proyecta en los derechos económicos, sociales y culturales y dentro de estos se contempla el derecho de todos los colombianos a una vivienda digna, asignando al Estado fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo. d) El derecho a la vivienda digna se define como aquel que se dirige a satisfacer la necesidad humana de disponer de un sitio de residencia adecuado, propio o ajeno, que ofrezca unas condiciones suficientes para que sus habitantes puedan realizar su proyecto de vida de manera digna, lo cual es más significativo tratándose de amparar personas que padecen circunstancias de debilidad manifiesta. e) El derecho a la vivienda compromete significativamente el principio y deber de solidaridad social (arts. 1.º y 95 superiores de la Carta Magna). f) La garantía efectiva del derecho fundamental a la vivienda digna en su faceta prestacional exige un desarrollo legal –decisión política– y una apropiación presupuestal. Requiere que el Estado desarrolle e implemente una política pública y que disponga los recursos necesarios para su materialización, lo cual supone su cumplimiento de forma progresiva. g) La garantía del derecho a la vivienda puede tornarse de inmediata observancia cuando se han creado las condiciones para que la persona exija del Estado

149 M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-359-13.htm>].

el acatamiento de la obligación que tiene, por ejemplo en virtud de la ley, de ejecutar una prestación determinada. En este supuesto, el derecho a la vivienda digna permite su exigibilidad pronta por mecanismos constitucionales como la acción de tutela”.

A partir de esas premisas, el actor plantea que el Congreso de la República, al derogar de forma repentina una norma que había aprobado para facilitar la eficacia de un derecho social y económico, viola el derecho que pretendió desarrollar inicialmente¹⁵⁰.

C. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala Plena determinar si el artículo 59 de la Ley 1593 de 2012 es incompatible con los artículos 51 (derecho a la vivienda digna) y 158 de la Constitución Política (unidad de materia) o, en otros términos, si la norma desconoció el principio de progresividad y la prohibición de retroceso en relación con facetas prestacionales del derecho a la vivienda digna, al derogar un beneficio tarifario previsto para los estratos uno, dos y tres en materia de uso del recurso hídrico y acceso al agua potable¹⁵¹.

Para lo que nos atañe, basta con el planteamiento de este problema jurídico que encierra el objeto de análisis de este escrito.

150 Sentencia C-493 de 2015, cit.

151 Ídem.

D. Consideraciones y análisis de los argumentos

1. El artículo 59 de la Ley 1537 de 2012 como normativa adscrita al goce efectivo de la vivienda digna

Antes de exponer la conclusión a la que arriba la Corte, de que en efecto la norma derogada hace parte de un constructo normativo que pretende garantizar el goce efectivo de la vivienda digna, es necesario ubicarnos en el contexto de este derecho, haciendo uso también de los atisbos conceptuales que aproxima la Corte para el estudio del caso concreto.

Como explica de manera sucinta ARANGO RIVADENEIRA¹⁵², desde la Constitución de 1991 se han venido sucediendo cambios estructurales en la manera de abordar la fundamentalidad de los derechos en Colombia. En un primer momento, se echaba mano como racero determinante del carácter de un derecho a la odiosa teoría de las generaciones¹⁵³, que, como afirmaba EDUARDO RABOSI¹⁵⁴, dotaba de argumentos a aquellos que afirmaban que existía una diferencia

152 ARANGO RIVADENEIRA. “Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”, cit.

153 Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

154 EDUARDO RABOSI. “Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, n.ºs 69 a 71, 1997, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf>], pp. 41 y ss.

categoría entre los derechos contenidos en una u otra generación, lo que es evidente es que a la luz del constitucionalismo moderno y más aun tratándose del colombiano, comporta una interpretación que disiente con los principios axiales de la Carta.

Siendo así, la Corte Constitucional esculpió un concepto hermenéutico como la *conexidad*¹⁵⁵, que pretendía dotar de mayor eficacia a aquellos derechos que en principio no hacían parte del catálogo contenido en el título primero de la Constitución. Esto implicaba básicamente establecer una relación inescindible y necesaria entre un derecho no fundamental con uno que sí lo fuere, para de ese modo comunicar a aquel dicha calidad, para poder concederle el amparo de tutela. Instrumento que con el tiempo quedó rezagado ante las exigencias cada vez más difíciles que el contexto social imponía para el juzgador, pues tan solo la conexidad ya no era suficiente para amparar tal cantidad de vicisitudes en el ejercicio de un derecho, lo que tuvo como consecuencia niveles de desprotección importantes.

Después de contemplar la falencia evidente del método de la conexidad, asumió un argumento encaminado a la transmutación de los derechos sociales en derechos fundamentales, una vez eran objeto de desarrollo legislativo, premisa que también sugería reparos evidentes sin una precisa delimitación práctica. Y en último lugar, contrario a la premisa esbozada

155 Sentencia T-491 de 13 de agosto de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm>].

por ARANGO RIVADENEIRA¹⁵⁶, que los derechos constitucionales fundamentales se determinan por vía de interpretación, la Corte decidió otorgarle el carácter fundamental a todos los derechos constitucionales, incluidos los sociales, trasladando la fase del ejercicio hermenéutico de la discusión sobre su fundamentalidad a la identificación de las condiciones en las cuales era procedente la acción de tutela¹⁵⁷. En pocas palabras se pretende, tratándose de derechos sociales, lograr diferenciar el carácter fundamental de un derecho de la procedencia de la acción de tutela para su defensa.

El derecho a la vivienda digna no se libró de esos embates interpretativos: en un primer momento, se reconoció su tutela efectiva a través de la conexidad, pero tiempo después, cuando se hicieron evidentes las precarias condiciones que para su reconocimiento derivaban de la aplicación de tal sustento argumentativo (la conexidad), la Corte, tal como lo referencia la sentencia en estudio, reconoce en su pronunciamiento T-585 de 12 de junio 2008¹⁵⁸ el carácter autónomo de ese derecho. Dicho reconocimiento reafirmó la nueva dogmática que sobre los derechos estaba dispuesta a aplicar la Corte, en este estadio, es posible

156 ARANGO RIVADENEIRA. "Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica", cit.

157 Sentencia T-235 de 31 de marzo de 2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-235-11.htm>].

158 M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-585-08.htm>].

avizorar la vertiente por la cual se decanta el tribunal en el debate que nos plantea ARANGO RIVADENEIRA¹⁵⁹ sobre el fundamento de los derechos sociales. Y es que la Corte adopta el criterio de la dignidad como estandarte primero de la fundamentalidad del derecho en cuestión, pues deja en evidencia que uno de los pilares determinantes de su nueva dogmática sobre los derechos incluye como característica “(ii) el vínculo entre el derecho y la dignidad humana como criterio definitorio de su fundamentalidad”¹⁶⁰.

A nuestro juicio, el concepto de dignidad en la Constitución colombiana no cae en el sinsentido de ser un concepto “plastilina” como Arango RIVADENEIRA¹⁶¹ lo trae a colación, pues en materia de dignidad humana la Corte, de manera muy laboriosa, ha delineado tres sentidos del concepto que se acomodan con versatilidad a la necesidad que demande el caso en concreto¹⁶². Por su parte, la Corte afirma:

La dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: (i) Como derecho fundamental que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) Como principio puede entenderse como una

159 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

160 Sentencia C-493 de 2015, cit.

161 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

162 YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ. “La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, vol. 6, n.º 2, enero-junio de 2013, pp. 81 a 130, disponible en [<http://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/2006>].

de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) Como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar¹⁶³.

Así las cosas, la dignidad se instituye como estandarte de la fundamentalidad no solo de los derechos colectivos, sino de todos los derechos, en todas y en cada una de sus facetas.

No obstante, la anterior precisión con relación a la dignidad como soporte primero de la fundamentalidad de los derechos establecidos en la Carta no es óbice para que la Corte de una manera restringida cierre la puerta a otros principios axiales de la Constitución, que también sirven de fundamento para garantizar el amparo de los derechos colectivos. En un análisis de pronunciamientos análogos a lo estudiado en este escrito, podemos evidenciar que el principio de la solidaridad también fue utilizado para fundamentar el reconocimiento del derecho a la vivienda digna de la siguiente manera:

En virtud del postulado en mención [la solidaridad], el Estado –que tiene a cargo de manera prioritaria, la responsabilidad de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los colombianos a una vivienda digna y de promover planes de vivienda de interés social (artículo 51 C. P.)– no puede presenciar indolente

163 Sentencia C-143 de 6 de abril de 2015, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-143-15.htm>].

la situación de un grupo humano que carece de recursos para sostener en pie las modestas construcciones que constituyen las viviendas de sus integrantes cuando ellas amenazan ruina por sus deficiencias de construcción y por el transcurso del tiempo.

A juicio de la Corte, en casos como el que se considera, la determinación de iniciar un plan encaminado a remodelar parte del casco urbano de Anzoátegui, reconstruyendo 60 casas en peligro de destrucción por descuido, no correspondía a una actitud de benevolencia de la administración, sino que era su obligación perentoria, derivada de los principios constitucionales enunciados [...] En el asunto que ocupa la atención de la Corte es evidente que, dadas las condiciones específicas del accionante, que son de manifiesta debilidad en el aspecto económico –según lo probado–, ha debido tener cabal aplicación el principio de solidaridad, para impedir que la inactividad del Municipio y del contratista encargado de las obras repercutiera en su perjuicio, impidiéndole el uso del único sitio al cual podía acogerse para su vivienda –una construcción de cuatro por cinco metros, según la inspección judicial que, por comisión de esta Sala, llevó a cabo el Presidente del Tribunal Administrativo del Tolima (Fl. 58 del Expediente)–, con lo cual se lo arriesgó a vivir de manera indefinida a la intemperie, con peligro para su vida y su integridad personal¹⁶⁴.

Desde esa perspectiva, quizás el debate sobre la base del carácter fundamental de los derechos sociales no deba enmarcarse dentro de una disputa poco holística y carente de contexto entre la dignidad, la igualdad,

164 Sentencia T-309 de 13 de julio de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-309-95.htm>].

la libertad y la solidaridad, pues bien se afirma que “la solidaridad, conjuntamente con la libertad, la igualdad y la justicia, han venido a conformar la que creo que bien podría tildarse de tetralogía axiológica del Estado social”¹⁶⁵, por lo cual, se nos permite concluir en un primer análisis que ese debate, por ser el principio “estandarte” de los derechos sociales, tiene que trascender y adoptar silogismos mucho más completos de las realidades constitucionales y fácticas que rodean la materialidad de nuestros derechos. Es probable que la estructuración de un razonamiento que complementa todos y cada uno de los principios que se disputan ser el soporte de los derechos sociales sea más acertado, dado que en la naturaleza de algunos de estos principios que toma ARANGO RIVADENEIRA¹⁶⁶ se encuentra su calidad de “derecho”, como bien reconoce la Corte:

Los principios de integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que tornan en trivial el concepto de conexidad, pues todos los derechos guardan “conexiones” entre ellos¹⁶⁷.

Esto constituye una característica sobre la cual se enmarca el nuevo ideario de los derechos contenidos en la Carta.

165 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “La solidaridad como principio constitucional” *Uned. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, pp. 139 a 181, 2012, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>], p. 140.

166 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

167 Sentencia C-493 de 2015, cit.

En este orden de ideas, aterrizando el estudio de este contexto necesario, ilustrativo del trasegar de la Corte en el trayecto no poco sencillo de construir una teoría cada vez más coherente sobre el derecho a la vivienda digna, que asienta un poco más con nuestra realidades sociales, es imperioso denotar el argumento que nos incumbe en este aparte del escrito para retomar el cauce de la sentencia en estudio. El Tribunal Constitucional, como obligación metodológica necesaria, ubicó el aparte que se pretendía derogar dentro del conjunto de medidas tendientes a garantizar el reconocimiento del derecho la vivienda digna, pues a juicio de la Corte:

El propósito perseguido por el Legislador en el artículo 59 es claro, y se encuentra explícitamente mencionado en la norma: “garantizar el acceso al agua potable y mantener las tarifas de los servicios públicos [...] a la población de bajos ingresos”. Al analizar las distintas facetas del derecho a la vivienda digna, como han sido descritas o definidas por la Corte o por el intérprete autorizado del PIDESC, es posible concluir que esas finalidades corresponden o hacen parte de las esferas de gastos soportables y acceso a servicios públicos¹⁶⁸.

Estas últimas esferas que han sido tomadas por la doctrina de la Corte Constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, de manera específica, de la observación número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que suponen, tratándose de gastos soportables: la obligación

168 Ídem.

en cabeza del Estado de implementar sistemas para costear la vivienda, desde lo atinente a su adquisición hasta lo relacionado a garantizar un crecimiento razonable de los arriendos, servicios y demás erogaciones propias del ejercicio de este derecho, conforme al nivel de ingresos. Y de otro lado, en relación al acceso a servicios públicos: implica la existencia en el lugar de habitación de los requerimientos necesarios para poder desenvolverse en forma digna.

Este panorama nos indica que el Estado colombiano –o por lo menos el máximo guarda de la Constitución Política–, ha venido asumiendo determinados postulados del derecho internacional para ampliar las aristas de los derechos en disputa, en especial en lo relacionado a derechos económicos, sociales y culturales. Práctica que ya está radicada hace algunos años en los distintos tribunales de justicia desde que existía una claridad sobre los contenidos propios de la doctrina del bloque de constitucionalidad, concepto que quizás se ha instituido como uno de los precursores de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia, al abrir las puertas a interpretaciones mucho más modernas de los derechos y dotar de herramientas teórico-prácticas sobre la defensa de los mismos, tal como lo vamos a ver en el acápite siguiente con el principio de progresividad.

2. Principio de progresividad y prohibición de retroceso

La medida que se deroga constituye un desarrollo legislativo de una faceta prestacional del derecho, al

que por lo tanto le es aplicable el principio de progresividad y prohibición de retroceso. Junto con ello, derogar la medida constituye una medida regresiva *prima facie*.

La Corte Constitucional al respecto de los contenidos prestacionales de los derechos, dista un poco de lo señalado por ARANGO RIVADENEIRA¹⁶⁹ en la medida que al igual que VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS¹⁷⁰, consiente con una percepción que implica el reconocimiento de diferentes facetas de los derechos, incluidos los derechos sociales. En este sentido, la Corte es enfática en resaltar que los derechos presentan en su totalidad facetas positivas y negativas o de abstención y de prestación. Ésta ha afirmado que una característica que cimienta la nueva dogmática asumida en materia de derechos es “(iv) El carácter polifacético o poliédrico de los derechos, reflejado en el hecho de que todos poseen facetas de abstención y de prestación”¹⁷¹.

De ahí y teniendo en cuenta otras características que también hacen parte de esta nueva forma de comprender lo concerniente a los derechos, la Corte ha determinado con valentía ciertos parámetros, en consonancia con una premisa fundamental de este nuevo estadio de los derechos sociales, en la cual guarda especial importancia la distinción entre el carácter fundamental de un derecho y la procedencia de la acción

169 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

170 VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

171 Sentencia C-493 de 2015, cit.

de tutela como mecanismo de defensa de los mismos. Puesto que debido al carácter polifacético que la Corte le endilga a los derechos –incluidos los sociales–, debió emprender la tarea de delimitar con un mayor grado de precisión las circunstancias en que la acción de tutela era procedente para reclamar la justiciabilidad del derecho, con el objetivo de no darle razón a la *objeción funcional* a la exigibilidad de los derechos sociales que disgrega una serie de argumentos encaminados a evidenciar el desconocimiento del Estado de derecho y la imposición de un Estado judicial.

Dado lo anterior y para no redundar en la ausencia de delimitaciones precisas a la actividad jurisdiccional que tengan como consecuencia el reconocimiento de la objeción antes expuesta, la Corte, en consonancia con el argumento del carácter poliédrico de los derechos, reconoció en primera medida que varias eran las vías para el reconocimiento de los derechos, tales como la toma de medidas de carácter legislativo, la formulación de políticas públicas y a través del poder jurisdiccional. En aquel último escenario estableció unas fronteras más o menos precisas con relación al uso de la acción de tutela:

... (iii) La acción de tutela procede para la protección de (iii.1) todas las facetas de abstención, (iii.2) las esferas prestacionales que no supongan costos elevados; (iii.3) las dimensiones que han sido objeto de precisión legislativa o reglamentaria, así como (iii.4) para suplir espacios de indeterminación o lagunas persistentes a pesar de aquellos desarrollos, especialmente cuando estas afectan a personas en condición de debilidad manifiesta, grupos

vulnerables o sujetos de especial protección constitucional¹⁷².

De esta manera, el Tribunal Constitucional colombiano pretende armonizar una interpretación polifacética de los derechos junto con los mecanismos de justiciabilidad propios de los derechos fundamentales. El esfuerzo argumentativo impone al juzgador nuevos escenarios en el ejercicio hermenéutico, pues éste tendrá una connotación mucho más práctica, debido a que estará dirigido a la identificación de las condiciones necesarias para la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto y ya no sobre constructos teóricos que pretendan determinar el carácter fundamental del derecho en discordia.

De este modo la Corte esgrimió en su acervo argumentativo que la medida que iba a ser revocada por la disposición demandada implicaba un desarrollo legislativo en la faceta prestacional del derecho a la vivienda digna y que por tanto le era aplicable el principio de progresividad que tiene su origen en el artículo 4.º del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–¹⁷³. Este principio, según sostiene la Corte en la sentencia en estudio,

prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe am-

172 Ídem.

173 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>].

pliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico”¹⁷⁴.

Esto evidencia de antemano la implementación de la estrategia para la justiciabilidad de los derechos sociales que plantea ARANGO RIVADENEIRA¹⁷⁵ a través de la adopción de conceptos internacionales, los cuales, gracias a la teoría de bloque se han constituido como un conducto integrador de posiciones dispares, que de alguna manera minaban la lucha por el reconocimiento de estos derechos sociales que en principio significaban poco o nada para el juez de tutela.

COURTIS¹⁷⁶ identificó dos nociones de regresividad. Una de resultados, que implica que la adopción de determinada política pública solo reportó consecuencias negativas en el intento de reconocer un derecho; de otra parte, una regresividad normativa que quizás sea la que encuadra mejor en el caso bajo estudio, pues una reforma legislativa suprimió, menoscabó o deterioró el ejercicio del derecho. En efecto, la Corte identifica que además de que la norma derogada hace parte del desarrollo prestacional del derecho a la vivienda digna, su derogación, gracias a la norma demandada, constituye una medida sospechosa de inconstitucionalidad.

174 Sentencia C-493 de 2015, cit.

175 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

176 CHRISTIAN COURTIS. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en íd. (comp.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 3 a 52, disponible en [<http://www.corteidh.or.cr/tablas/25896.pdf>].

Es aquí donde traemos a colación un concepto que se desprende de modo indefectible del principio de progresividad: *prohibición de regresividad o prohibición de retroceso*. Este principio tiene una relación inescindible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, en el caso en concreto en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Impide un ejercicio arbitrario del poder, restringiendo la posibilidad de echar para atrás una política pública o determinada norma, si esta constituye un desarrollo en la faceta prestacional del derecho. Por tanto, se erige como parámetro ineludible del control constitucional sobre aquellas normativas que pretendan reversar de manera injustificada un avance ya reconocido, en materia de garantizar el pleno ejercicio de algún derecho.

De igual manera no puede entenderse el principio de progresividad como un precepto absoluto e insoslayable, pues de ser así sería contraproducente con la salvaguarda de un Estado social de derecho. Esta disposición propia del derecho internacional contiene excepciones cuya “validez [...] está sometida a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, bajo parámetros ya decantados por la jurisprudencia constitucional”¹⁷⁷. En esa tónica, si bien la medida regresiva reviste un manto de inconstitucionalidad presunto, éste puede ser desvirtuado por la autoridad pública siempre que demuestre la prevalencia de una

177 Sentencia C-493 de 2015, cit.

finalidad imperiosa de orden constitucional, por ello en la sentencia en estudio se afirmó:

... (iii) la carga argumentativa y probatoria necesaria para justificar una norma o medida regresiva corresponde a las autoridades públicas. En ese marco, (iv) cuando el juez constitucional evalúa la compatibilidad de tales decisiones con la vigencia de los derechos constitucionales debe ejercer un análisis riguroso de proporcionalidad de las mismas. Ese análisis, (v) debe ser aún más intenso cuando la decisión estatal regresiva afecta grupos vulnerables o sujetos de especial protección constitucional¹⁷⁸.

La medida tomada por el Poder Legislativo, que deroga aquella disposición que establecía una exención con miras en garantizar aspectos prestacionales del derecho a la vivienda digna, está bajo la presunción de inconstitucionalidad, lo que impone la obligación al Congreso de la República, en aras de salvaguardar la integridad de la norma demandada. Por esta razón, la Corte emprendió el estudio de la exposición de motivos y de los debates en cada cámara de la ley objeto de la demanda, en busca del sustento de aquella medida que *prima facie* contraviene el espíritu de un derecho social fundamental.

178 Ídem.

3. La derogatoria del artículo 59 de la Ley 1537 de 2012 medida, carece de justificación por parte del legislador

De manera muy breve abordaremos este argumento para construir sendas conclusiones sobre el curso del ejercicio analítico.

La Corte es enfática en afirmar que las razones que deben sustentar una norma que insta una medida regresiva deben darse en el momento oportuno o en el proceso mismo de formación del acto, por tanto, no es admisible a la luz del principio de prohibición de retroceso que aquellas justificantes de la medida lleguen *a posteriori*, o a través de un organismo que no tenía la competencia para expedir o materializar aquella medida. En el caso concreto encontró que poca o nula fue la deliberación con respecto al artículo demandado, de igual modo desestimó los argumentos de la Procuraduría General de la Nación que sencillamente suponían que el legislador en su racero interno tenía las razones de peso para hacer dicha modificación. Lo cual para la Corte es del todo contrario al principio de prohibición de retroceso, que insta a la autoridad pública a exponer con claridad las razones que lo condujeron a adoptar dicha medida.

Otro punto que causó curiosidad a la Corte fue el breve lapso que transcurrió entre la promulgación del artículo que se pretendía derogar y la posterior norma derogatoria, dado que el principio de progresividad posee una íntima relación con el principio de confianza legítima que pretende respetar las expectativas que tienen origen en la actividad estatal, de

tal manera que el administrado tenga la confianza de que no existirá un cambio intempestivo con relación al rumbo de las políticas o la normatividad adoptada en cuanto a un asunto en concreto.

De todo esto devino la declaratoria de inexequibilidad del artículo demandado, junto con la consideración de otro argumento atinente a la unidad de materia, pero que para los efectos teóricos del presente escrito no era necesario ser abordado. La Corte dispuso en la parte resolutive de la sentencia lo siguiente:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “y deroga el artículo 59 de la Ley 1537 de 2012”, contenida en el artículo 96 de la Ley 1593 de 2012, “Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones¹⁷⁹.”

CONCLUSIONES

1. Son cada vez más evidentes las estrategias de justiciabilidad, como apelar al derecho internacional de los derechos humanos, que amplían el campo de aplicabilidad de los derechos, de tal manera que los conceptos del DIDH no solo constituyen una herramienta para reivindicar determinada situación de carácter subjetivo en favor de una persona determinada, sino que además tienen la aptitud para poder reconducir los esfuerzos legislativos de un Estado en aras del reconocimiento de un derecho social fundamental. Esto quiere decir que a través de una consistente doctri-

179 Sentencia C-493 de 2015, cit.

na alrededor del bloque de constitucionalidad y unos esfuerzos de corte progresista, se ha dado lugar a escenarios que años atrás serían impensados, a saber, determinar de alguna manera la actividad legislativa utilizando conceptos que atañen a los derechos sociales fundamentales, que antaño eran con dificultad amparados por un juez de tutela.

2. La exigibilidad jurídica de un derecho social fundamental no solo consiste en la posibilidad de interponer una acción de tutela para garantizar el amparo inmediato del derecho conculcado, la noción de justiciabilidad tiene que ir más allá y apropiarse de todos los mecanismos de defensa de los cuales dispone el ordenamiento jurídico. El pronunciamiento que se tomó, muy ilustrativo por demás, fue una pequeña muestra de la posibilidad que tiene la ciudadanía de implementar una herramienta cuya finalidad primordial no es la defensa de los derechos, ni fundamentales ni sociales para reivindicar mediante una clara estrategia de defensa¹⁸⁰, un derecho social fundamental como el de la vivienda digna, logrando la declaratoria de inexecutable de una disposición que al eliminar una exención, desmejoraba sin justificación alguna las condiciones del derecho fundamental. Todo esto por medio de la estrategia de justiciabilidad identificada por ARANGO RIVADENEIRA¹⁸¹, que implicaba apelar a los conceptos propios del DIDH.

180 Siguiendo lo dicho por ARANGO RIVADENEIRA. "Derechos sociales", cit.

181 ARANGO RIVADENEIRA. "Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica", cit.

3. No es posible olvidar que la otra estrategia de defensa a la cual se refiere el mismo Arango RIVADENEIRA¹⁸², cuyo basamento es el constitucionalismo social y los avances interpretativos, constituye un pilar fundamental en el progreso y la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Esta estrategia se ejerce de manera complementaria y armónica con la asunción de principios propios del DIDH, ha reportado elementos esenciales en la defensa de las garantías sociales, junto con escenarios hermenéuticos que amplían los márgenes de reconocimiento, pues como evidenciamos en líneas anteriores, la discusión ya no tendrá como objetivo la determinación de la fundamentalidad del derecho, sino las condiciones de procedencia de la acción de tutela o de los mecanismos de defensa pertinentes en cada caso.

Es probable que esto constituya uno de los pilares esenciales de la teoría de los derechos esculpida por la Corte en la primera década del siglo XXI. Puesto que dilucidó con imperiosa laboriosidad la evolución conceptual necesaria para comprender que los derechos no tienen que estudiarse desde el concepto de la conexidad, ni mucho menos desde una restringida teoría de las generaciones que por demás, imponía lagunas relacionadas con el ámbito de protección de los derechos que años después fueron valientemente superados, atribuyendo a cada uno de los derechos contenidos en la Carta el carácter de fundamental, centrando la discusión no sobre un razonamiento que

182 ARANGO RIVADENEIRA. "Derechos sociales", cit.

hoy día nos parece más obvio que antes y es el carácter fundamental de todos los derechos, sino sobre la delimitación del ámbito de protección de éstos, para evadir de manera argumentada el camino de la objeción funcional explicada por ARANGO RIVADENEIRA¹⁸³ que tenía como consecuencia un Estado judicial. Si bien es cierto, es mucho lo que podría llegar a hacerse en materia de deslindar en forma plena las funciones de cada uno de los obligados a garantizar los derechos sociales, es evidente que la Corte ya ha recorrido bastante en ese complicado devenir.

4. Otro aspecto con una ligazón inescindible a esta práctica constitucional de corte progresista y que le es consecuencia necesaria, es el retiro de la noción de los derechos sociales como meros puntos de partida de la política pública estatal, el carácter exclusivamente programático y el entendimiento de estos derechos como fuente inagotable de recursos estatales. Noción que contraviene de manera flagrante el espíritu de una Constitución que se instituye como garantía primera de los derechos de las personas con fundamento en la dignidad humana. Del mismo modo, contrario a lo estipulado por Arango RIVADENEIRA¹⁸⁴, la Corte ha reconocido el carácter polifacético de los derechos, lo cual a su vez le ha permitido sustentar con mayor fortaleza un nuevo horizonte de los derechos sociales que se aleja de aquella discusión de antaño sobre derechos baratos y derechos caros¹⁸⁵, que además de

183 ARANGO RIVADENEIRA. "Derechos sociales", cit.

184 Ídem.

185 JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG. "Argumentos para una teoría de los dere-

faltarle niveles más profundos de análisis, acarrea serios problemas en cuanto a protección de derechos se refiere.

5. Por último, a la luz de las afirmaciones que el jurista ARANGO RIVADENEIRA¹⁸⁶ ha hecho en materia de derechos sociales fundamentales, es preciso anotar que sus conclusiones encierran buena parte de la dogmática de los derechos adoptada por la Corte, tal como quedó en evidencia en el curso del análisis efectuado sobre cada uno de los argumentos del pronunciamiento. Sin embargo, existen aspectos muy precisos que requieren visiones mucho más holísticas, como es el caso del debate sobre el fundamento de los derechos sociales, teniendo en cuenta que la Corte no cierra el espectro para determinar el estandarte último de los derechos sociales, pues como vimos antes, si bien acepta que la dignidad es el constructo por medio del cual se puede deducir la fundamentalidad de los derechos, en pronunciamientos análogos la solidaridad también sirvió como óbice para el reconocimiento del derecho a la vivienda digna.

El camino en materia de derechos sociales fundamentales todavía es muy largo, pero la Corte Constitucional es un ejemplo en la región tratándose de progreso y elocuencia argumentativa, por lo menos en lo que respecta a la dogmática de los derechos sociales. Tal como sostiene ARANGO RIVADENEIRA¹⁸⁷, este desa-

chos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, julio de 2010, pp. 45 a 64.

186 ARANGO RIVADENEIRA. “Derechos sociales”, cit.

187 Ídem.

rollo ha sido el reflejo de la lucha no solo del pueblo colombiano sino del latinoamericano por reivindicar un mínimo de garantías que auguren un exitoso andar en el camino de la disminución de la desigualdad y la pobreza. Contexto que de seguro en un futuro no muy lejano se traducirá en avances mucho más contundentes en materia de justiciabilidad de los derechos colectivos fundamentales, incluso en lo relativo al medio ambiente, que en el último tiempo nos pasa factura tras nuestra apatía e inactividad.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ANSUÁTEGUI ROIG, JAVIER. "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, julio de 2010, pp. 45 a 64.

ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. "Derechos sociales", cap. 47, en JORGE LUIS FABRA ZAMORA y ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 1677 a 1711, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>].

ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. "Justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica", en ARMIN VON BOGDANDY (ed.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, disponible en [<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/justiciabilidad.pdf>].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

Sentencia T-491 de 13 de agosto de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491-92.htm>].

Sentencia T-309 de 14 de julio de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-309-95.htm>].

Sentencia T-585 de 12 de junio de 2008, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-585-08.htm>].

Sentencia T-235 de 31 de marzo de 2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-235-11.htm>].

Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-359-13.htm>].

Sentencia C-143 de 6 de abril de 2015, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-143-15.htm>].

Sentencia C-493 de 5 de agosto de 2015, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-493-15.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

- COURTIS, CHRISTIAN. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en CHRISTIAN COURTIS (comp.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 3 a 52, disponible en [<http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/25896.pdf>].
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La solidaridad como principio constitucional” *Uned. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, pp. 139 a 181, 2012, disponible en [<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>].
- Ley 1537 de 20 de junio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48467, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1537_2012.html].
- Ley 1593 de 10 de diciembre de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.640, de 10 de diciembre de 2012, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1593_2012.html].
- Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, disponible en [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>].
- RABOSI, EDUARDO. “Las generaciones de derechos humanos; la teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, n.ºs 69 a 71, pp. 41 y ss., 1997, disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf>].
- VELASCO GUTIÉRREZ, YOLANDA. “La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política*

Internacional, vol. 6, n.º 2, enero-junio de 2013, pp. 81 a 130, disponible en [<http://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/2006>].

CAPÍTULO SEXTO

LA PONDERACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ABUSO DEL DERECHO

Para el desarrollo de la investigación sobre el tema del abuso del derecho en la responsabilidad civil extracontractual, se eligió la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 13 de noviembre de 2012¹⁸⁸. La referida sentencia, tiene como eje fundamental la presunta configuración de responsabilidad civil extracontractual en cabeza de la demandada por el abuso del derecho a acceder a la administración de justicia, a razón, del cobro de obligaciones pendientes a cargo del accionante. Esto, a juicio del demandante, en desmedro de su derecho al patrimonio, por cuanto la entidad bancaria, se negó a incluirlo como beneficiario del Programa Nacional

188 Expediente número 23001-31-03-001-2003-00119-01, M. P.: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. RICARDO BARGUIL BANDA, como parte accionante y Bancolombia como parte demandada.

de Reactivación Agropecuaria –PRAN–¹⁸⁹ y haberle rematado su inmueble.

Para situarnos en el contexto y tener mucha más claridad sobre los fundamentos fácticos del pronunciamiento, se transcriben los hechos de la controversia junto con las pretensiones de RICARDO BARGUIL BAN-DA.

Pretensiones: 1.- El actor pretende, de manera principal que se declare que el Banco accionado es civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales y morales que le causó “con ocasión del abuso del derecho de litigar, abuso de la posición dominante bancaria, la mala fe comercial precontractual y contractual [...] enriquecimiento sin justa causa y el aprovechamiento de las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración de las relaciones bancarias, que alteraron y agravaron las prestaciones de futuro cumplimiento...” y que como consecuencia, se condene a pagarle \$180.000.000 por “lucro cesante”, \$50.000.000 como “daño emergente”, y \$20.000.000 por “perjuicios morales”, al igual que intereses moratorios sobre dichas sumas, e indexación “conforme a los índices de devaluación certificados por el Banco de la República”, desde su causación hasta cuando se efectúe la solución.

Subsidiariamente solicita que se le “condene” por “enriquecimiento sin causa”, en la medida que “obtuvo el valor de un remate sobre un inmueble [de su propiedad], el

189 “Programa Nacional de Reactivación Agropecuaria”, programa del Gobierno Nacional que implicaba, en el caso concreto, la compra de cartera por parte de FINAGRO al demandante y de ese modo el solventar la obligación a través de los ingresos producidos por “proyectos productivos financieramente viables”, en consecuencia, un pago menos lesivo y mucho más amable con el deudor.

cual en la actualidad se encuentra avaluado en la suma de \$200.000.000”.

La *causa petendi*: a.- El 16 de abril de 1996, el accionante logró que la entidad convocada le otorgara un crédito por \$30.000.000 que debería ser cancelado por cuotas anuales, hasta el 16 del mismo mes de 1999 y en respaldo suscribió un pagaré en el que se pactaron réditos del “38.88% anual” y de “mora del 77.76%”, e igualmente, “un periodo de gracia de un año”; además constituyó a favor de ésta una hipoteca de primer grado y cuantía indeterminada sobre el predio de su propiedad “denominado ‘La Loma’, ubicado en el corregimiento de ‘Manguelito’”, del municipio de Cereté.

b.- Debido a circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles para esa época, como la crisis financiera que se suscitó en dicha región, el fenómeno del niño, las inundaciones, los precios bajos de los productos y los exorbitantes costos directos e indirectos de los insumos para los cultivos de maíz y algodón que las casas proveedoras y fabricantes impusieron sin conocimiento previo de los agricultores, no le fue posible cumplir las prestaciones a su cargo, por lo que en 1997, el accionado promovió un proceso ejecutivo mixto, que se adelantó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de la localidad antes citada.

c.- Encontrándose en trámite el referido litigio, el 15 de marzo de 2000 se inscribió el actor ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el objeto de acogerse a los beneficios del “Programa Nacional de Reactivación Agropecuaria” –PRAN–, creado por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 1821 de 1999, 967 y 0405 de 2000 para “destinar sus recursos a la reactivación y fomento agropecuarios dentro de un programa de financiamiento del sector”, con miras a que FINAGRO “le comprara la deuda a su cargo adquirida con Bancolombia”, que para ese entonces ya tenía 41 meses en mora, y con esa finalidad presentó “dos proyectos productivos financieramente

viables...” elaborados por la Umata y aprobados por Fondear, contando, para el momento en que diligenció la solicitud, con el “visto bueno” del “intermediario financiero”, esto es, del gerente de Bancolombia, sucursal Cereté, tal y como lo preveía el mencionado “Decreto 1821 de 1999”.

d.- A pesar de lo anterior, “caprichosamente” la entidad crediticia no aceptó la venta, pues en su opinión, “no le era favorable”, pese a que a través del PRAN se habían adquirido “25.684 pagarés” y él reunía los requisitos para aplicar a dicho programa, pues en su parecer, al banco le resultaba “mejor negocio vender la cartera y recuperar toda la obligación y no rematarle su único patrimonio...”.

e.- Así mismo considera que de negociarse el 35% de la cartera, la institución financiera habría “recibido \$14.700.000 y el saldo se le hubiera refinanciado al agricultor”, quien lo pagaría con el fruto de los proyectos productivos; sin embargo, en “una actitud apartada de todo contexto legal” [...] “rindiéndosele [...] tributo a la arbitrariedad” y “utilizando el andamiaje judicial”, prefirió subastar el inmueble y recibir \$23.000.000, es decir, \$8.000.000 más de lo que le ofrecía FINAGRO, lo cual fue “una decisión sin sindéresis alguna tomada con el solo interés y propósito de lesionar [su] patrimonio, sin fundamento legal alguno”.

f.- El hecho de no permitirle que accediera a los beneficios del PRAN, le causó perjuicios y le conculcó algunos derechos fundamentales “sólo por un mero capricho de la oficina de Cereté que se tomó este asunto como algo personal, sólo para perjudicarlo”.

g.- Resalta que “la mala fe comercial por el dolo con que actuó [...] Bancolombia [...] [pues] se configura a todas luces, una confabulación por tratar [...] de rematarle el inmueble, inclusive a costa y en detrimento de los mismos intereses del banco, abusando de su posición dominante, pues, se ejerció el derecho de litigar abusivamente, en [su] perjuicio [...] y ocultando su verdadera intención, que era

la de arrebatarle su patrimonio”, sin tener en cuenta las suspensiones de la almoneda en más de 20 oportunidades y las exigencias del accionado en cuanto a que hiciera abonos a la obligación.

h.- Que la entidad financiera abusando “del derecho de litigar”, ejerció una “fuerte presión jurisdiccional para llevar a cabo el remate del inmueble hipotecado, mediante una conducta aberrante e ilícita” dejándolo “en estado de indefensión ya que sin culpa de su parte y en claro abuso de su posición dominante, lo construyó de tal forma que no pudo hacer valer sus derechos a los alivios legales del Gobierno Nacional”.

i.- Notificado el banco, en tiempo contestó el escrito introductor, aceptó los hechos referentes a la suscripción del pagaré y la constitución de la garantía real, pero se opuso a las súplicas, formulando excepciones previas y defensas de fondo, aquellas, por “indebida acumulación de pretensiones”, que se declararon no probadas y éstas denominadas “inexistencia de causa para pedir”, “contrato no cumplido”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin causa” y la “genérica”, fundadas en que el crédito otorgado al actor se efectuó en condiciones de libre oferta y demanda, sin imponerse condición especial, por lo que no resulta admisible que éste invoque su propio incumplimiento contractual para obtener el pago de una indemnización (fls.42 a 47 c.1).

j.- El Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería (Córdoba), mediante fallo de 24 de mayo de 2011 desestimó las mencionadas “defensas” y condenó a Bancolombia a pagarle al promotor del proceso \$225.427.514 por daño emergente y \$446.845.000 como lucro cesante, pues consideró que al haberse negado la mencionada entidad a incluirlo en la lista de beneficiarios del PRAN y proceder a rematarle el inmueble objeto de la garantía real, abusó de su derecho y posición dominante (fls. 433 a 453 c. 1).

k.- Impugnada esa providencia por la parte vencida, el superior la revocó y en su lugar, negó las pretensiones del escrito genitor, imponiéndole al demandante el pago de las costas de ambas instancias (fls. 29 a 52 c. 8).

Después de esta síntesis de los hechos constitutivos del litigio, se dará inicio al ejercicio de ponderación, fieles a la teoría de ROBERT ALEXY. En primer lugar, se definen los derechos (o principios) que se encuentran en conflicto en el caso concreto, sin perjuicio de los demás derechos que puedan entrecruzarse en el curso argumental de la actuación judicial. Se tienen entonces, el derecho a acceder a la administración de justicia en cabeza del accionado y el derecho al patrimonio del señor RICARDO BARGUIL BANDA.

A partir de la teoría en mención, se evidencia un conflicto de principios (o derechos) que comportan, cada uno en su individualidad y siguiendo una aplicación irrestricta, más allá de los atisbos argumentativos esgrimidos en el pronunciamiento, solución posible al caso en estudio. El reconocimiento de un principio en perjuicio del otro, ya sea el de acceder al aparato jurisdiccional en cabeza de la entidad bancaria, al reconocer que actuó en forma legítima al continuar la ejecución de la obligación vía judicial, o en sentido contrario, reconociendo la protección del derecho al patrimonio en cabeza del accionante, por su incorporación en el PRAN, que de haber sido consentida por Bancolombia, hubiera significado la no realización de la diligencia de remate sobre el bien hipotecado.

Los elementos fácticos del caso imponen para el juzgador un profundo ejercicio de ponderación, teniendo en cuenta las variables que implica el desplie-

que de cada uno de los derechos en conflicto, más aún, si se parte no del ejercicio aislado del derecho a acceder al aparato jurisdiccional, sino de la correlativa posibilidad que tenía el banco de poder vender la cartera a FINAGRO, como uno de los beneficios a los que podía acceder el accionante por ser parte del PRAN, posibilidad que resulta evidentemente más benéfica que la ejecución, para el señor BARGUIL. Por otro lado, solventa también en buena medida la obligación insoluta.

Teniendo en cuenta estos breves razonamientos, necesarios para introducirnos en la materia, continuaremos con los contenidos analíticos de la teoría ponderativa de ROBERT ALEXY, para lo cual y de manera esquemática, se comprobaran los sub principios establecidos para la solución de estas antinomias normativas.

I. SUB PRINCIPIO DE IDONEIDAD

En desarrollo de este sub principio, se plantea el interrogante de si la realización del derecho a acceder a la administración de justicia, en el caso concreto, es adecuada para la consecución del fin propuesto en el ordenamiento para dicho principio.

La respuesta puede ser afirmativa en el entendido que la finalidad que el ordenamiento asigna a esta garantía es

poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricto

ta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes¹⁹⁰.

En ese sentido, de manera racional se debe sostener que el medio escogido es del todo legítimo, en cumplimiento de la finalidad que el ordenamiento jurídico le asigna.

Bancolombia disponía del derecho a acceder al aparato jurisdiccional para exigir el pago de la obligación insoluta en cabeza del señor BARGUIL, derecho sobre el cual se había dispuesto una garantía hipotecaria que se iba a hacer efectiva en caso de que no se hiciera frente a la obligación asumida por el accionante. No existe cuestionamiento con relación a que el despliegue del derecho a acceder al aparato jurisdiccional es *idóneo* o se presenta como una alternativa plausible, para en el caso concreto, cumplir con la finalidad que el ordenamiento le propone.

Si bien podrían existir vías distintas para garantizar el cumplimiento de la obligación, en este estadio del ejercicio ponderativo, no puede establecerse ningún tipo de reparo, pues como se mencionó antes la vía elegida está determinada de tal manera que pueda cumplir la finalidad prevista por el ordenamiento, en este caso, el restablecimiento de derechos e intereses legítimos, junto con la indefectible consecuencia de mantener el ordenamiento jurídico.

190 Sentencia T-283 de 16 de mayo de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRE-TELTA CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-283-13.htm>].

II. SUB PRINCIPIO DE NECESIDAD

En esta etapa del análisis tenemos que preguntarnos: ¿era necesaria la intensa intervención en el derecho al patrimonio del accionante por parte de Bancolombia, al continuar con el proceso ejecutivo y dejar de lado la posibilidad de solventar la obligación a través de los beneficios que el PRAN concedía al señor BARGUIL, más precisamente, con la venta de cartera a FINAGRO?

La intervención en el derecho al patrimonio es intensa, producto del actuar de la entidad bancaria al negarle la posibilidad al señor BARGUIL de acceder a un método de refinanciación de la obligación con FINAGRO y no consentir la venta de cartera. Es decir, que podría cubrir el impago de la obligación generadora del proceso ejecutivo con la venta de la cartera del accionante y en ese caso, haber desistido de continuar el proceso ejecutivo hipotecario, habida cuenta de haber consumado el pago de la acreencia.

En este estado de cosas, es evidente que existía una segunda opción que resultaba menos lesiva y comportaba una intervención mucho más benigna sobre el patrimonio del deudor a la cual, también es cierto, Bancolombia se negó en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es importante poner en evidencia que la persona afectada por la actuación del banco fue víctima de las nefastas condiciones climáticas que actuaron en perjuicio de sus cosechas, disminuyendo de forma significativa sus utilidades, lo que obligó luego a sustraerse al pago de la obligación, circunstancias que se salen, ostensiblemente, de las manos del accionante.

En dichas condiciones, es posible afirmar que se pone en entredicho la necesidad de intervenir a tal grado el patrimonio del señor BARGUIL, máxime cuando se disponen de alternativas distintas para hacer efectivo el pago de la obligación insoluta. Por este motivo, no se encuentra acreditada la necesidad de materializar el derecho en la forma en la que se hizo, puesto que la otra alternativa, presupone un beneficio para ambas partes sin la necesidad de conculcar otra garantía, como el patrimonio del deudor; más aún, cuando existía posibilidad de refinanciar el saldo de la obligación a cargo del señor BARGUIL, una vez efectuada la venta a FINAGRO, como aclara el accionante en los hechos expuestos en el libelo introductorio.

Si bien es cierto no es posible formular algún reproche en relación al medio utilizado para ejecutar la obligación, puesto que para ello el Estado estructura su aparato de administración de justicia, es factible proponer un reparo consistente en la *necesidad* de dicho medio, atendiendo las especiales circunstancias del actor. Por último, no se estima necesario que el señor BARGUIL asuma las consecuencias lesivas de una decisión (que en principio es legítima) poco necesaria para conseguir los mismos objetivos obtenidos al hacer uso de una alternativa diferente.

En efecto, existe un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de los derechos, estos encuentran un justo límite en la alteración o conculcación de las garantías ajenas, por eso el uso indiscriminado del derecho a cobrar la obligación ejecutivamente, tampoco puede desplegarse en forma tan impune en contravía de derechos que comportan un peso incluso mayor

que este. Así las cosas y en atención a que las bases estructurales del Estado social de derecho, responden a criterios que van más allá de una comprensión limitada e individual de los derechos, es evidente que en el curso argumental de este ejercicio se hace notar con menos ímpetu la necesidad de proteger el derecho de la entidad bancaria.

El derecho al patrimonio del señor BARGUIL tiene un peso considerable puesto que lo que se pretende proteger en últimas no es el patrimonio, como institución jurídica y atributo de la personalidad de manera aislada y en un campo meramente teórico, lo que se procura es la tutela insoslayable del patrimonio como garantía fundamental inherente a la calidad del ser humano, en el entendido que

el patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar¹⁹¹.

En ese orden de ideas, no puede ponderarse con un grado menor de importancia o sin prevalencia por sobre el derecho a acceder al aparato de administración de justicia, en tanto el primero responde a intereses que de no ser tenidos en cuenta atentarían sobre un cúmulo de garantías que se desprenden de la protec-

191 Sentencia T-553 de 30 de noviembre de 1993, M. P. HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-553-93.htm>].

ción del derecho al patrimonio, más aún teniendo en cuenta la difícil situación económica del ejecutado.

En este sentido, la carga soportada por el derecho al patrimonio es fuerte con relación a la que hubiera tenido que soportar el derecho del banco, todo esto, teniendo en cuenta que el objetivo del ejercicio ponderativo es generar los menores niveles de intervención de los derechos o principios en disputa. Análisis que será parte del siguiente paso metodológico.

III. SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

En este estadio del curso analítico, se pregunta ¿se justifica tal grado de intervención en el derecho al patrimonio del señor BARGUIL, por parte de la entidad bancaria continuando con el proceso ejecutivo y negándose a vender la cartera, dejando de lado esta otra alternativa para obtener el pago de la obligación y que resultaba, de sumo, menos lesiva para el accionante?

Se parte de que no se compensa en beneficio del derecho de la parte accionada la intervención que implicaba el despliegue del derecho a acceder a la administración de justicia, puesto que, si bien es cierto la obligación fue satisfecha con el proceso ejecutivo, también hubiera podido serlo haciendo uso de la otra alternativa, vender la cartera a FINAGRO en reconocimiento de los beneficios que el actor había adquirido gracias al PRAN.

En este sentido, no se puede predicar un beneficio mayor o tan siquiera de la significación necesaria para justificar la fuerte invasión del derecho al patrimonio

de una persona que por su situación económica se vio obligada a sustraerse al pago de la obligación adquirida de manera previa con la entidad crediticia. Podemos afirmar con holgura que la situación económica del señor BARGUIL no era la más prospera, ocasionada por circunstancias exógenas a su voluntad, y que por tal razón emprendió la tarea de hacerse beneficiario de los programas de reactivación económica ofertados por el Gobierno Nacional.

En efecto, la premisa de

cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁹².

No se cumple a cabalidad, si se reconoce el mayor peso del derecho a acceder a la administración de justicia por sobre el derecho al patrimonio del accionante, en tanto la restricción del patrimonio del deudor no reporta la trascendencia que sea capaz de generar un grado mayor de importancia en la satisfacción del otro principio, al existir una posibilidad distinta con finalidades similares y menos lesivas sobre los principios en juego.

Como el análisis de ponderación no se limita estrictamente a aceptar un principio por sobre otro, sino que en el reconocimiento tiene que verificarse un mínimo de intervención posible, se le da prevalencia al derecho al patrimonio como atributo de la persona-

192 LEANDRO VERGARA. "El desarrollo de los derechos", en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (coord.). *Razonar sobre derechos*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2016, p. 9.

lidad y como derecho necesario para garantizar otro tanto de garantías fundamentales para el ser humano. Determina un peso mayor y un grado de intervención menos gravoso para el derecho de la contraparte, en tanto si la finalidad misma del derecho a acceder a la administración de justicia es el restablecimiento de derechos legítimos, ya existía otra vía mucho menos perjudicial.

De este modo, el reconocimiento del principio patrimonial no comporta un menoscabo o una intervención en la magnitud que se configuraría de modo contrario, máxime podría entenderse un nivel *leve* de intervención al restablecerse de modo parcial la obligación de la que era acreedora la entidad bancaria al haber accedido a la venta de la cartera, pero sin perjuicio de que el saldo pudiera ser refinanciado y por consiguiente, realizarse un pago total de la obligación más adelante.

De consentir un resultado contrario al análisis antes expuesto, el derecho al patrimonio tendría que soportar una fuerte restricción a su ejercicio, sin reportar ningún beneficio que justifique su intervención, puesto que la finalidad de restablecer el legítimo derecho de solventar la obligación se obtendría en forma satisfactoria por otra vía, como colofón del principio a acceder a la administración de justicia. El peso de las razones expuestas soportan en mayor medida el reconocimiento del patrimonio del deudor, puesto que el perjuicio para el titular de este fue notoriamente desmedido (le ejecución de su inmueble) y por tanto, hay lugar a deducir responsabilidad en el actuar del banco.

La responsabilidad social justifica deducir responsabilidad en cabeza de Bancolombia, por comportar un perjuicio que hubiera sido evitable, tan solo tomando la alternativa que implicaba ser menos perjudicial a los derechos del accionante, reconociendo las limitaciones que el ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de los derechos, de manera mucho más concreta, el artículo 333 de la Constitución Política impone una frontera importante a la iniciativa privada y a la libertad de empresa: el bien común, que condiciona de manera inevitable el actuar de la entidad bancaria.

IV. CONCLUSIÓN RESPECTO DE LA PROPORCIONALIDAD

Del anterior análisis de ponderación se otorga prevalencia al derecho al patrimonio del señor BARGUIL por sobre el derecho a acceder a la administración de justicia de la entidad crediticia, utilizando la lógica de ROBERT ALEXY. En primer lugar, se pondera la intervención de cada uno de los derechos, concluyendo que de contemplar el derecho de Bancolombia, implicaría un perjuicio para el señor BARGUIL, que no se justificaría por el menor peso “en abstracto” del principio del que es titular. De esta manera, deducimos –siguiendo la lógica de ALEXY– que debe darse un reconocimiento al derecho al patrimonio por sobre el derecho del banco, para generar así responsabilidad en cabeza de la entidad crediticia.

Al reconocer el derecho patrimonial y en el entendido que el ejercicio ponderativo no trata de desechar

un derecho de manera eficientista, sino que, por el contrario, más allá de una simple relación causal de costo beneficio trata de que la prevalencia de un principio por sobre otro conlleve consigo un mínimo de intervención, restricción o no satisfacción de los derechos encontrados. A partir de ahí y por el mayor peso del derecho al patrimonio, por las consecuencias que se desprendían de su no reconocimiento, la conclusión no podía ser otra que reconocer el derecho al señor BARGUIL, habida cuenta de la existencia de salidas alternativas al conflicto que beneficiaban a ambas partes y que el banco se negó a tomar.

En este orden de ideas, también es importante resaltar que el resultado del ejercicio ponderativo responde con un alto nivel de exigencia la premisa de ALEXY según la cual

cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁹³.

De este modo, era imposible dar prevalencia al derecho de la entidad bancaria, puesto que la restricción que llevaba consigo al derecho de la contraparte no reportaba una importancia mayor en su reconocimiento y sí un perjuicio injustificable a la luz de las demás alternativas con las que contaba para hacer efectiva la obligación insoluta.

En sentido contrario, al reconocerle un mayor peso al derecho del accionante por sobre el derecho a acce-

193 Ídem.

der a la administración de justicia de Bancolombia, se admite que el no grado de satisfacción de esta garantía redundaba en favor de la otra, significando un alto nivel de importancia por el cúmulo de garantías fundamentales que se aceptan a su vez, con la garantía del derecho al patrimonio, por ejemplo: el derecho al mínimo vital. En definitiva, el peso de este derecho es mayor que el de aquel y comporta razones de peso que justifican la interferencia de este último, la maximización de los principios encontrados implicaba priorizar el derecho al patrimonio del señor BARGUIL.

V. LA LÓGICA DE LOS DERECHOS EN EL ANÁLISIS DEL CASO

Después del anterior ejercicio de ponderación que parte de un alto nivel de abstracción de los derechos y que deja gran parte del ejercicio en manos del censor y no propiamente del ordenamiento (aun cuando ALEXY pretenda un análisis objetivo de ponderación), se procede con un ejercicio analítico pero esta vez en provecho del derecho a acceder al aparato jurisdiccional, con sustento en la teoría del desarrollo de los derechos.

Tenemos que plantearnos el supuesto no de dos principios en conflicto, puesto que eso supondría dos potenciales soluciones al caso, contrario a la teoría cimiento de este ejercicio analítico, sino la existencia *de razones de principios* encontradas, en un nivel alto de abstracción, puesto que en definitiva y en desarrollo de este examen mucho más concreto, una desplazaría a la otra, por tanto, no ha lugar a conflicto alguno sino más bien a una respuesta unívoca al caso. No

desechando el otro principio, sino delimitando con claridad el campo de aplicación de cada uno. El punto estará en disminuir la generalidad con la cual están planteados los derechos y establecer lineamientos precisos que permitan definir el campo o las condiciones de aplicabilidad, en especial del que está llamado a ocupar el campo o resolver el conflicto.

Se partirá de la conclusión y esta será que el derecho a acceder a la administración de justicia debe privilegiarse, por existir razones que más allá de su fortaleza, dominan el campo para la resolución del caso concreto, por el análisis siguiente.

Las normas sustento del estudio serán el artículo 1602 del Código Civil¹⁹⁴, donde establece que los contratos son ley para las partes. El artículo 333 de la Carta Política de donde se desprenden la autonomía de la voluntad privada¹⁹⁵, en función de la libertad de empresa y entendida como

la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación¹⁹⁶.

194 Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

195 Sentencia C-993 de 29 de noviembre de 2006, M. P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>].

196 Sentencia C-341 de 3 de mayo de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-341-06.htm>].

Por último, el artículo 229 de la Carta Superior, que consagra el derecho a acceder a la administración de justicia, cuya interpretación desplegaremos adelante.

Se tiene que la finalidad del derecho a acceder a la administración de justicia es

poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes¹⁹⁷.

En ese entendido, aquella persona (natural o jurídica) que crea haber sido conculcada en algunos de sus derechos o garantías tiene la posibilidad de acudir a los estrados judiciales para aclarar la situación y si es del caso, restablecer el derecho o interés.

Es evidente según lo señalado por las partes que el señor BARGUIL era deudor de una obligación que estaba en mora ya hacía varios meses y que contaba con una garantía hipotecaria que posteriormente iba hacer efectiva la entidad crediticia a través del proceso ejecutivo. Además que el negocio de vender la cartera del moroso a FINAGRO no traería consigo las mismas utilidades que le significaría culminar la ejecución judicial de la obligación. Por tanto, nos inclinamos a afirmar que el banco –fiel al ejercicio legítimo de su

197 Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>].

derecho- podía continuar con la ejecución más allá del desenlace que pudiese provocarse a consecuencia de ello.

El banco en uso de su autonomía tiene toda la potestad de acceder al aparato jurisdiccional aun cuando pudiese causar algún perjuicio a la persona titular del crédito, en primer lugar porque no hay justificación alguna por la cual deban trasladarse las consecuencias de exigir legítimamente el pago de la obligación a Bancolombia, ni siquiera las referidas al derecho al patrimonio y lo que su reconocimiento implica, máxime cuando el deudor accedió antes a disponer de él como garantía real de la obligación asumida.

En ese contexto no se verifica razón alguna para que el derecho al patrimonio del deudor tenga que reconocerse y mucho menos permitir que se excusase en su calidad de fundamental para argumentar una restricción que no tendría jurídicamente que soportar el accionado, al no estar obligado -como lo corroboran los conceptos emitidos por las entidades encargadas de ejecutar el programa PRAN- a consentir los beneficios otorgados a uno de sus deudores, menos aún verse obligado a vender la cartera incluso en perjuicio de sus negocios, puesto que le reportaría en principio un valor mucho menor al obtenido con el remate del inmueble hipotecado.

El derecho al patrimonio del señor BARGUIL sencillamente no tiene asidero en el caso concreto, puesto que de manera voluntaria lo comprometió como garantía y asumió los posibles riesgos de remate a consecuencia de constituirse en mora de la obligación, que finalmente fue lo que sucedió. De este modo, más

allá de lo fundamental que pueda resultar en abstracto, en concreto no viene al caso su estudio por no tener la aptitud de provocar una solución armónica con el ordenamiento, en contraposición al derecho que reside en la entidad crediticia.

El derecho a acceder a la administración de justicia en materia del cobro de obligaciones tiene como regla fundamental la persecución judicial del patrimonio, si es que éste se prestó como garantía, de entenderse de otro modo, cualquiera sería la excusa para trabar los procesos de ejecución si lo que se pretende en últimas fuera la protección del patrimonio del deudor. No tendría sentido ni mucho menos coherencia con el ordenamiento jurídico, que cada vez que existiera una alternativa distinta a la ejecución se comprometiera la voluntad del acreedor para tomarla incluso en contra de sus intereses.

Nada permite constreñir a Bancolombia de una manera justificable para que accediera a la venta de cartera en beneficio del deudor, pues bien reconoce la Corte que ninguna persona

prestaría su consentimiento a compromisos que le ocasionaran perjuicio y tampoco sería injusto consigo mismo"¹⁹⁸.

En ese sentido y en ejercicio de su autonomía de la voluntad, el banco actuó legítimamente y en uso de las facultades que le otorga el ordenamiento, se hizo con el valor de la obligación de la manera que resultara mucho más fructífera a sus intereses.

198 Sentencia C-993 de 2006, cit..

Es sumamente importante entender que en nada puede discutirse en ejercicio del acceso a la administración de justicia sobre el derecho al patrimonio del deudor una vez constituido en mora, menos aun cuando de manera previa se había obligado en forma voluntaria con la entidad bancaria a restituir el dinero y los réditos correspondientes, además de constituir garantía hipotecaria en favor del banco. Como es sabido, según el artículo 1602 del Código Civil

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

De esta manera, al sucederse un incumplimiento constituye un derecho legítimo que faculta al acreedor a hacerlo efectivo a través de su facultad de acercarse a los estrados judiciales y exigir el cumplimiento de sus derechos insatisfechos.

Todavía más incoherente sería la posibilidad de obligar a Bancolombia a vender la cartera del deudor a FINAGRO, en primer lugar, por no existir una razón jurídica valedera para constreñirle a ello y segundo, por la legitimidad que existe en cabeza del acreedor de perseguir el patrimonio del deudor como regla fundamental del despliegue del derecho a acceder al aparato jurisdiccional, eso sí, respetando los procedimientos previamente establecidos y las garantías sustanciales de la contraparte, que por lo demás, no existe evidencia alguna de haber sido conculcadas por Bancolombia en el curso de la ejecución.

Por último, están claras las condiciones de aplicabilidad del derecho reconocido por existir un derecho

legítimo en cabeza de la accionada, por ser la persecución al patrimonio del deudor garantía indispensable para el cumplimiento a cabalidad de la finalidad estipulada en el ordenamiento para el derecho a acceder al aparato jurisdiccional y en definitiva, por no haberse podido constreñir de ninguna manera la voluntad de la entidad bancaria para consumir la venta de la cartera con menor justificación cuando dicha decisión se habría tornado lesiva a los intereses de Bancolombia, al no haberle producido una cantidad de dinero mayor en comparación a la esperada con el remate del inmueble.

Por tanto, el derecho a reconocer con un dominio absoluto del campo ínsito en el caso en estudio, es el derecho de la entidad bancaria y no el derecho al patrimonio, por no existir razón alguna que en coherencia con el ordenamiento demuestre la fortaleza suficiente para ocupar el campo que aquel otro derecho ha conquistado con supremacía.

VI. CRITERIO DE IMPUTABILIDAD O TÍTULO DE IMPUTACIÓN QUE SE UTILIZÓ EN EL CASO

El título de imputación que utilizaron los censores de primer y segundo grado para determinar responsabilidad sobre la accionada fue el “abuso del derecho”. Este título de imputación, cuyo desarrollo es mayoritariamente jurisprudencial, encuentra sustento en el artículo 830 del Código de Comercio¹⁹⁹, en el artículo

199 Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.secretariassenado.gov.co/>].

95 de la Carta Constitucional²⁰⁰ y se encaja en el marco de la responsabilidad civil extracontractual generada por el hecho²⁰¹ propio²⁰².

Este título de imputación o atribución cierne sus bases sobre el criterio de relatividad de los derechos, lo cual impide ejercerlos de manera indiscriminada y permite establecer límites racionales al ejercicio de los mismos, fundados en principios estructurales del Estado social de derecho como el de solidaridad. Los derechos así entendidos, mas allá de su espectro netamente individual, impide la lesión injustificada de garantías ajenas, excusándose en el despliegue “legítimo” del derecho subjetivo. Esto no quiere decir que cualquier perjuicio generado a un tercero producido por el ejercicio de un derecho²⁰³ sea indemnizable, sino únicamente aquellos daños ocasionados excediendo los límites establecidos por el ordenamiento para su práctica.

En este estado de cosas, en el entendido de que los derechos tienen su finalidad y sus limitantes,

gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html], “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

200 Establece como uno de los deberes de los ciudadanos: “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

201 TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA. Sentencia de 17 de julio de 2009, M. P.: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS..

202 Sistema de Responsabilidad civil extracontractual constituido, según la Corte Suprema, por los artículos 2341 y 2345 del Código Civil, contentivos de las normas aplicables a la responsabilidad generada por el hecho propio.

203 *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (quien hace uso de su derecho no puede ser considerado culpable de dolo).

es incuestionable que no solo 'la intención dañina' reviste la citada fuente de responsabilidad, sino que igualmente pueden concurrir otras posibilidades, como el ejercicio excesivo, anormal o culposo de 'los derechos', la carencia de un interés actual, propio y legítimo, etc., situaciones que pueden dar lugar a que quien así procede y cause daño a los demás, se vea compelido a resarcirlo.

De este modo, es factible afirmar que la naturaleza de este título de imputación no se circunscribe solo en un régimen de responsabilidad (objetivo o subjetivo), sino que es posible que cualquiera de los regímenes converja como sustento de la obligación indemnizatoria. La ilicitud

... originada por el "abuso" puede manifestarse de manera subjetiva –cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder– o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo...²⁰⁴.

En idéntica tesitura, la Sala de Casación Civil reconoce en el pronunciamiento estudiado, que la responsabilidad generada por el abuso del derecho puede estructurarse a razón de una variopinta gama de situaciones fácticas, que abren la puerta a los dos regímenes de responsabilidad, en corrección a los atisbos argumentativos del juzgador de segunda instancia que de ma-

204 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 16 de septiembre de 2010, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

nera errónea circunscribía la responsabilidad originada por el abuso del derecho a la prueba de la *mala fe* del titular, en este caso Bancolombia. Para seguir esta línea argumentativa, nos es mucho más fácil distinguir estos regímenes de responsabilidad con base en el abuso del derecho.

Afirma la Corte que la responsabilidad generada por el abuso del derecho puede originarse cuando en el agente existe la intención de causar un agravio a un derecho ajeno, o cuando la suscitada garantía se ejerce sin diligencia: culposamente. He aquí el elemento distintivo entre los dos regímenes de responsabilidad (subjetiva y objetiva), la culpa. Mientras el juzgador en los eventos antes descritos tiene que deducir del acervo probatorio ya sea, por un lado, la mala fe del titular del derecho o del otro, la impericia o falta de prudencia en el despliegue de la garantía, en tratándose de responsabilidad subjetiva, en el régimen de responsabilidad objetiva no es necesario escudriñar para obtener tales conclusiones.

En contraposición, cuando se aplica la responsabilidad objetiva, no es necesario acreditar por la parte accionante cosa distinta a la acción del agente, el daño y el nexo de causalidad entre éste y aquél. De modo tal que en materia del abuso del derecho, como título de imputación que admite estas dos formas de responsabilidad, sería suficiente con demostrar el ejercicio excesivo del derecho, es decir, cuando se despliega desbordando la finalidad para la cual fue concebida o cuando se ejerce con anormalidad, el daño producido y la relación de causalidad, todo esto sin el deber de

demostrar el elemento *culpa* (dolo o imprudencia) en desarrollo del hecho dañino.

Todo esto trae consecuencias necesarias en aspectos como las causales que eximen de responsabilidad al agente, en tratándose de responsabilidad objetiva, bien es sabido que el presunto responsable únicamente podrá librarse de responder probando: culpa exclusiva de la víctima, culpa exclusiva de un tercero y fuerza mayor o caso fortuito²⁰⁵, no obstante, en materia de responsabilidad subjetiva, además de las causales antedichas podrá librarse de la obligación indemnizatoria si puede soportar un actuar diligente o sin intención de configurar un perjuicio en la persona o el patrimonio ajeno.

Expuestas las diferencias entre uno u otro régimen de responsabilidad, valga resaltar que el título de imputación materia del caso en estudio, es uno de los pocos (por no decir el único) que admite su configuración en consideración o no del comportamiento culposo del agente, lo que le acredita vital importancia para garantizar un ejercicio responsable de los derechos y como reconocimiento de la calidad que el Es-

205 La Corte Suprema de Justicia ha interpretado que la fuerza mayor y el caso fortuito comportan un mismo fenómeno, con iguales e idénticas características. En sentido contrario, el Consejo de Estado impone una interpretación distinta guiada por una separación de los conceptos; ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 12 de diciembre de 2006, C. P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, radicación n.º 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

tado social de derecho impone a la persona: ser un sujeto solidario²⁰⁶.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil colombiano, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.8667, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html]

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 12 de diciembre de 2006, C. P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, radicación n.º 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-553 de 30 de noviembre de 1993, M. P. HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-553-93.htm>].

Sentencia T-449 de 10 de mayo de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-449-04.htm>].

Sentencia C-341 de 3 de mayo de 2006, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-341-06.htm>].

206 Sentencia T-449 de 10 de mayo de 2004, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-449-04.htm>].

Sentencia C-993 de 29 de noviembre de 2006, M. P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>].

Sentencia T-283 de 16 de mayo de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-283-13.htm>].

Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et al.* *Constitución política de Colombia 1991*, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL:

Sentencia de 16 de septiembre de 2010, M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Sentencia de 13 de noviembre de 2012, Exp. n.º 23001-31-03-001-2003-00119-01, M. P.: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA.
Sentencia de 17 de julio de 2009, M. P.: JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS.

VERGARA, LEANDRO. “El desarrollo de los derechos”, en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (coord.). *Razonar sobre derechos*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2016.

CAPÍTULO SÉPTIMO
TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA A
PARTIR DE “LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN
ACCIÓN”, DE JOSÉ LUIS MARTÍ

JOSÉ LUIS MARTÍ en su obra, busca como objetivo estructurar un modelo que permita implementar en la práctica los constructos teóricos que componen la joven pero robusta teoría de la democracia deliberativa. En el capítulo que analizaremos, comienza por abordar componentes teóricos con relación a la elaboración de los diseños institucionales, afirmando que

contra la opinión de algunos autores, el buen diseño institucional no tiene como condiciones únicas la coherencia interna y un buen encaje en el entorno, sino también, y principalmente, la adecuación a unos principios externos de carácter normativo²⁰⁷.

207 JOSÉ LUIS MARTÍ. “La democracia deliberativa en acción”, en JOSÉ LUIS MARTÍ, ROBERTO GARGARELLA y JUAN JOSÉ MORESO. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 280.

El autor además de referir que los diseños institucionales no responden a un plan preconcebido del diseñador, por el contrario, sostiene

que gran parte de las transformaciones sociales no se han producido intencionalmente, sino por azar o por evolución lógica de la estructura anterior²⁰⁸.

Trae a colación una serie de principios que deben ser tenidos en cuenta en la elaboración del diseño, destacando uno de ellos: el diseño

debe ser sensible a la complejidad motivacional, es decir, debería adoptar una concepción no simplista de las motivaciones humanas y contar con la posibilidad de incentivar algunas de ellas²⁰⁹.

Posterior a ello, afirma que pretende no perder de vista el concepto de “ideal regulativo”, calificativo atribuido a la definición de democracia deliberativa.

En la siguiente sección, correspondiente a las reformas constitucionales y la estructura básica de la república deliberativa, comienza por afirmar que para la formulación de estructuras de democracia deliberativa partirá de un escenario supuesto, que ya ha cumplido con un mínimo de precondiciones necesarias para comenzar a hablar de democracia deliberativa, de tal manera que permita formular procedimientos democráticos reales y concretos.

208 *Ibíd.*, p. 283.

209 *Ídem.*

Continúa diciendo que “contra lo que algunos han pensado, no es necesario que una república deliberativa cuente con una Constitución”²¹⁰, aun cuando partirá del supuesto mayormente aceptado de que las democracias en mayor medida ya cuentan con una. Y junto con ello, reitera, que la república deliberativa asume la mayoría de instituciones democráticas: separación de poderes, principio de legalidad, etc. Además, acota que el modelo de democracia deliberativa asiente en mayor medida con el sistema de Gobierno parlamentario y no así con el presidencialista. Mas adelante, abarca el problema del catálogo de los derechos fundamentales y su función en un sistema democrático deliberativo:

No son vistos como escudos de protección de las esferas privadas de los individuos que actúan como “cartas de triunfo” individuales frente a las decisiones de las mayorías democráticas, sino como mecanismos institucionales de protección de las precondiciones y de los principios estructurales de la deliberación democrática²¹¹.

En líneas posteriores, en sintonía con la contradicción expuesta con los derechos fundamentales y la actividad democrática, trae a colación uno de los aspectos más esenciales del capítulo con relación a las disyuntivas presentes, en igual sentido que con los derechos, sobre el control judicial de constitucionalidad, la rigidez de la Constitución y el funcionamiento de la democracia deliberativa. Con relación a la rigidez, aclara

210 *Ibíd.*, p. 285.

211 *Ibíd.*, p. 287.

que

es un mecanismo que impone límites sobre los que los poderes públicos pueden decidir y hace difícil o incluso imposible la reforma constitucional²¹².

Después, esboza algunos argumentos en contra y a favor de esta rigidez, que cobijan de igual manera al control judicial de constitucionalidad, lo que les permite abordarlo y afirmar que el principal cuestionamiento contra este control judicial es que

carece de legitimidad democrática, que se trata de un órgano contra-mayoritario, y ello aunque actúa de intérprete auténtico de la constitución, y tiene por lo tanto la última palabra en las controversias constitucionales²¹³.

En seguida de unas disertaciones con relación a la plausibilidad de implementar un modelo deliberativo de la mano de un sistema constitucional rígido, con algunas condiciones y también de un sistema de justicia constitucional, concluye que el

control judicial de constitucionalidad y la rigidez constitucional pueden mejorar, no ya los procedimientos democráticos en general, sino los defendidos por el modelo de la democracia deliberativa en particular²¹⁴.

Y denomina al argumento como “justificación deliberativa de la rigidez y del control judicial de consti-

212 *Ibíd.*, p. 288.

213 *Ibíd.*, p. 291.

214 *Ibíd.*, p. 294.

tucionalidad de las leyes”²¹⁵. Concluye dicho apartado sosteniendo lo siguiente:

Muchos sistemas son compatibles con la república deliberativa. Lo único que debemos tener claro es que exige el respeto y deferencia más absolutos hacia el derecho de la ciudadanía a determinar por sí misma todas las decisiones del ámbito público, en condiciones de un debate racional y sereno²¹⁶.

I. TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ya para entrar en materia, después de una brevísima contextualización con relación a los conceptos que serán objeto de este escrito, abordaremos el aspecto práctico de la teoría deliberativista que ha comportado serios problemas entre los distintos teóricos que pretenden una democracia mucho más participativa e incluyente, que tenga un eje dialógico argumental y cuyo objetivo sea la consecución del bien común a través de la fuerza de los argumentos. En este sentido, lo antedicho parece tener barreras conceptuales al interior de las Constituciones políticas, que obstaculizan una plausible implementación de un modelo deliberativo de democracia. Entre aquellos “obstáculos”, parecieran estar, por nombrar algunos que abordaremos en líneas posteriores: el control judicial de constitucionalidad, el catálogo de derechos inserto en las Cartas políticas, el presidencialismo y la rigidez constitucional, entre los más significativos.

215 Ídem.

216 *Ibíd.*, p. 295.

Este capítulo del libro, al igual que los capítulos anteriores, pretende congeniar y enfrentar algunas críticas sobre una propuesta o un conjunto de reformas necesarias para abogar por la implementación de un sistema deliberativo. Pasaremos por alto las consideraciones previas de corte epistemológico, un poco más abstractas, con relación al diseño institucional por la brevedad de este escrito, y nos centraremos en las propuestas concretas en torno a la implementación del diseño, que implica reformas de carácter constitucional e institucional, tomando como referencia, también, la doctrina sentada por la Corte Constitucional y el marco institucional del Estado colombiano (en ocasiones), pues como afirma el autor en comentario:

El diseño debe ser siempre contextual, porque como dice [ROBERT E.] GOODIN trabajamos siempre “con materiales heredados del pasado y, en cierta medida, moldeados de manera inalterable por éste”. Por esta razón no tiene sentido plantear la tarea de un diseño institucional completo ni excesivamente concreto del modelo de la democracia deliberativa, porque necesariamente perderíamos este elemento de contextualización²¹⁷.

Falta por agregar que los aportes con relación a los diseños institucionales abordados por MARTÍ parten del supuesto del cumplimiento de las precondiciones mínimas²¹⁸ requeridas para realizar este ejercicio de implementación, pues en gracia de discusión, la democracia deliberativa no deja de ser un modelo democrático

217 *Ibíd.*, p. 282.

218 Ver numeral 4, capítulo 3, *ibíd.*

que requiere para su estructuración de la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen unas bases sobre las cuales partir en la formulación de escenarios normativos prácticos de implementación.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES Y ESTRUCTURA BÁSICA DE LA REPÚBLICA DELIBERATIVA

A. Sistema parlamentario, de preferencia al sistema presidencial

En este capítulo, el autor prefiere la Constitución de regímenes parlamentarios por sobre los regímenes presidenciales, en el entendido que el Legislativo es el máximo escenario de deliberación por excelencia, y de ahí, en aras de un diseño institucional que convoque un máximo de deliberación posible en la toma de decisiones, el parlamento debiera preservarse como el principal ámbito para tomarlas. Martí sostiene que contrario a lo que pudiera pensarse:

Nada impide que una república deliberativa sea a la vez una monarquía. Las razones por las que el republicanismo ha sido tradicionalmente antimonárquico tenían que ver con la naturaleza de las monarquías absolutistas del pasado, pero no hay nada incompatible hoy entre la existencia de una monarquía parlamentaria y los valores republicanos²¹⁹.

Aquellas afirmaciones van casi en el mismo sentido que las hechas por CARLOS SANTIAGO NINO con re-

219 *Ibíd.*, p. 287.

lación a los regímenes presidencialistas, en razón de las duras críticas que expone hacia ellos, con el claro asentimiento hacia un régimen en donde el presidente no constituye un eje axial del Gobierno, como ideal para la realización del modelo deliberativo²²⁰. A partir de un análisis más detenido de lo expuesto por MARTÍ, concluimos que él cierra la puerta casi en definitiva al Gobierno presidencialista como posibilidad para la implementación del modelo de democracia deliberativa, punto en el cual no coincide del todo con NINO pues éste, más allá de su marcada tendencia hacia el sistema parlamentario, trae a colación otro tipo de condicionantes para la determinación del régimen más conveniente para la implementación. Al respecto dice NINO:

Claramente, las cuestiones relacionadas con la mejor forma de Gobierno son altamente especulativas y dependen en un elevado grado de las características históricas, sociológicas y culturales de cada contexto y de la información empírica con que se cuente respecto del funcionamiento de estos diferentes arreglos institucionales²²¹.

Si bien MARTÍ ocupa varias de sus líneas en el capítulo elegido a describir la conveniencia o necesidad del régimen parlamentario, de la concepción de democracia deliberativa que defiende, tendiente a una república deliberativa²²², se deduce que el parlamento configu-

220 CARLOS SANTIAGO NINO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007.

221 *Ibíd.*, p. 250.

222 Ver numeral 1.3, capítulo 4 *ibíd.*

ra una piedra angular en el proceso de implementación²²³. Lo cual conlleva a entender que el parlamento encierra la esencia de la deliberación en los ideales planteados para que el debate no se quede en el mero discurso carente de argumentos. Pero aquella conclusión sobre la que MARTÍ fundamenta la necesidad de un sistema parlamentario, puede verse viciada por las variaciones que este sistema puede tener y que en consecuencia aquella noción inescindible entre el parlamento y la deliberación, puede ir mermando en claridad. Prueba de ello, es el sistema parlamentario del Reino Unido. Menciona AREND LIJPHART:

Tanto las situaciones normales como las que se hallan fuera de la normalidad muestran que, más que el sistema parlamentario, es el disciplinado sistema bipartidista el que origina el predominio del Ejecutivo. En los sistemas parlamentarios multipartidistas, los gabinetes –que a menudo son gabinetes de coalición– suelen tener menor predominancia²²⁴.

Aquella variación del sistema parlamentario debido al biapartidismo²²⁵, aun en medio de una democracia

223 Sobre la centralidad del parlamento, STEPHEN HOLMES. “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado”, en HAROLD HONGJU KOH y RONALD C. SLYE (coords.). *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Madrid, Gedisa, 2004.

224 ARENDT LIJPHART. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, CARME CASTELLNOU (trad.), Barcelona, Ariel, 2000, p. 24.

225 Las sociedades modernas ya no pueden caracterizarse como compuestas por dos grupos diferentes, fijos y reconocibles: uno que constituye la mayoría de la sociedad y otro que forma la minoría. En lugar de eso las sociedades contemporáneas se caracterizan

que se considera apta para un proceso de implementación por reunir de manera adecuada las condiciones necesarias para dicho ejercicio, evidencia que entre el presidencialismo y el sistema parlamentario no hay una relación del todo o nada. Como evidencia LIJPHART, el parlamentarismo no es sinónimo de deliberación, en el curso de su obra²²⁶ evidencia que no hay una relación de causalidad entre el modelo parlamentario y la deliberación y entre aquél y el predominio del parlamento.

Es así que la interpretación restringida de MARTÍ de excluir casi de tajo los modelos presidenciales, es contraria a una fiel determinación del sistema ideal para la implementación de la democracia deliberativa, para lo cual una noción como la de NINO es mucho más realista, aun cuando, reiteramos, existe una demarcada tendencia hacia los regímenes en donde el parlamento se instituye como eje transversal del modelo de Gobierno.

B. ¿Qué pasa con los derechos humanos?

por una multiplicidad de “doctrinas religiosas, filosóficas y morales abarcativas” que constituirán “no una mera condición histórica” sino “un rasgo permanente de la cultura pública de la democracia”. Esos diferentes grupos, entonces integran coaliciones con respecto a cuestiones diferentes. Como resultado de ello encontramos coaliciones cambiantes de minorías diferentes, y no una sociedad claramente dividida en dos grupos. ROBERTO GARGARELLA. “Full representation, deliberation and impartiality”, en JON ELSTER (ed.). *Deliberative Democracy*, New York, Cambridge University Press, 1998, p. 334.

226 LIJPHART. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, cit.

MARTÍ refiere otro punto importante tratándose de un diseño institucional para la democracia deliberativa, que es lo concerniente a los derechos fundamentales. Trascribimos este pequeño párrafo que sintetiza la idea de forma acertada:

[El] catálogo de derechos se asemejaría a las actuales declaraciones de derechos fundamentales, pero es importante advertir que dichos derechos, en la república deliberativa, no son vistos como escudos de protección de las esferas privadas de los individuos que actúan como “cartas de triunfo” individuales frente a las decisiones de las mayorías democráticas, sino como mecanismos institucionales de protección de las precondiciones y de los principios estructurales de la deliberación democrática, así como un conjunto de valores constitucionales libremente elegidos por la ciudadanía y que se convierten en el objeto de algo así como el “patriotismo constitucional”²²⁷.

El problema de los derechos es quizá una de las cuestiones que genera más incertidumbre entre los teóricos deliberativistas como HAROLD HONGJU KOH, pues las tensiones que se generan en razón de la toma de algunas decisiones democráticas que contrarían los derechos integrantes de la Carta Política, comportan un escenario muy difícil de congeniar, en tanto que una de las aspiraciones reales de este modelo es el bien común y el imperio de la soberanía popular. El escenario no es nada sencillo, aunque algunas democracias parecen tenerlo un poco más claro, por ejem-

227 JÜRGEN HABERMAS como se citó en HONGJU KOH y SLYE. “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción”, cit., p. 15.

plo, en Colombia parece no existir un debate tan álgido al respecto:

Los derechos humanos son intereses vitales de la humanidad que prescriben la dignidad de la persona frente al Estado. A la luz de esta concepción que hace parte de los principios irradiadores de nuestro ordenamiento constitucional, la razón de ser de las ramas del poder público no es otra que la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos; actuar contra ello, es desconocer siglos de evolución en busca de la racionalidad humana. La validez ética de las actuaciones del Estado, cobra especial importancia en este caso, porque cuando sus representantes actúan contra los principios axiales que justifican su existencia, desprecian su razón de ser, que no es otra que la efectiva guarda de los derechos humanos²²⁸.

En este sentido, los derechos humanos hacen parte de la individualidad de cada persona, como tales, deben ser salvaguardados sin que ellos tengan una función diferente que la de garantizar la dignidad del ser humano. Pero la paradoja persiste, y parece irresoluble para MARTÍ, en realidad el problema entre democracia y liberalismo, para él, es un problema persistente que hay que reconocer no es con facilidad superable. Por su parte, JÜRGEN HABERMAS se abandera de esta situación y al contrario de lo afirmado por MARTÍ, según lo cual no es posible equiparar ambos valores (democracia y liberalismo, soberanía popular y dere-

228 Sentencia T-535 de 20 de agosto de 2015, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-535-15.htm>].

chos humanos, lo procedimental y lo sustantivo)²²⁹, pues en palabras de MARTÍ en la práctica siempre habrá una tendencia a superponer uno por encima de otro, dando lugar a un “procedimentalismo débil” o “sustantivismo débil”.

El pensador HABERMAS prevé un horizonte distinto, en donde ambos aspectos pueden convivir de manera simultánea y sin superposiciones. Pues lo que existe entre ambos conceptos es una relación de complementariedad necesaria para garantizar el ejercicio democrático,

ni los derechos fundamentales liberales pueden ser puestos meramente encima de la praxis de autodeterminación como límites externos, ni pueden ser meramente instrumentalizados por ella²³⁰.

De ahí que no pueda existir una relación jerárquica entre ninguno de ellos, pues cada uno se constituye como presupuestos del otro.

Aun cuando pudiera decirse que HABERMAS tiene una inclinación un poco más democrática²³¹, éste

229 Para efectos de este ensayo, utilizaremos estas contradicciones de manera indistinta, pues en un grado mayor de abstracción engloban la misma paradoja, los derechos humanos y el ejercicio democrático, hacen parte de los polos opuestos como: liberalismo y democracia, soberanía popular y derechos humanos, lo procedimental y sustantivo, en términos utilizados a lo largo de la obra de JOSÉ LUIS MARTÍ.

230 JÜRGEN HABERMAS y JOHN RAWLS. *El debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 66.

231 HABERMAS deja entrever una tendencia marcada en favor de una posición más democrática que liberal, con afirmaciones como que la soberanía popular “constituye la bisagra entre el sistema de los derechos y la construcción de un Estado democrático de derecho”.

ubica en un mismo sector los derechos humanos y la soberanía popular, de tal manera que aquella disyuntiva paradójica inapelable –como sostiene MARTÍ– se vea revaluada en función del reconocimiento de la legitimidad proveniente de cada uno de estos aspectos elementales en la construcción de un sistema democrático sólido.

La solución de MARTÍ, está dirigida en asumir aquella contradicción y evitar en su criterio discusiones infructuosas sobre la materia²³², afirmando que

la estrategia que defenderé aquí propone asumir la existencia de dicha paradoja y buscar una solución práctica al dilema que, sin resolver las tensiones conceptuales, permita construir una concepción satisfactoria de la legitimidad²³³.

Por el contrario, HABERMAS insiste en una línea mucho más consensuada de aquellos extremos, a los cuales pretende arrebatárles ese calificativo (extremos):

los derechos humanos no compiten con la soberanía popular: son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de la formación público discursiva de la opinión y de la voluntad que se limita a sí misma²³⁴.

JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 238.

232 En relación a la contradicción de soberanía popular y derechos humanos, HABERMAS, contrario a MARTÍ, afirma que “la historia de las doctrinas es más bien componente necesario y reflejo de la tensión asentada en el derecho mismo entre la facticidad y la validez, entre la positividad del derecho y la legitimidad pretendida por él. Esta tensión no puede ni trivializarse ni simplemente ignorarse”. *Ibíd.*, p. 160.

233 MARTÍ. “La democracia deliberativa en acción”, *cit.*, p. 156.

234 HABERMAS. *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 603.

Las afirmaciones de MARTÍ nos llevarían a suponer el sacrificio irresistible de alguno de los dos aspectos, ya sea de los derechos, que son garantías necesarias para el ejercicio de la deliberación y también precondiciones necesarias para la implementación del modelo²³⁵, o de la soberanía popular como supuesto estructural del estandarte de la democracia deliberativa.

Cualquiera que fuera la decisión, a partir de que son condiciones irrefutables del modelo democrático, cualquier superposición por más tenue que fuera haría que la deliberación no fuera lo más completa posible y, por ende, que el modelo de legitimación política que se enmarca en medio del sistema deliberativo nunca llegaría a ser perfecto o sencillamente no cumpliría con su objetivo²³⁶. MARTÍ se escuda en lo que afirmaba en capítulos anteriores con relación al ideal regulativo²³⁷, ubicando aquella disyuntiva en

235 El autor toca precondiciones necesarias para el ejercicio de la democracia deliberativa, entre ellos los principios de libertad e igualdad, que si bien no los llama derechos expresamente, en este caso el concepto de principio y derecho se puede usar de manera indistinta por la finalidad que pretende ligarle a la libertad y a la igualdad. Tienen para el autor una realidad ontológica idéntica MARTÍ. "La democracia deliberativa en acción", cit.

236 El autor en capítulos anteriores, enuncia la paradoja de las precondiciones, que define de la siguiente manera: "La paradoja consiste entonces en que cuanto más se cumplan las precondiciones del procedimiento con el fin de conferir una mayor legitimidad a las decisiones resultantes, menor será el rango de decisiones al que podremos aplicar tal procedimiento. Y, a la inversa, cuantos más temas queramos dejar abiertos a la decisión democrática, peor se garantizarán sus precondiciones y menor legitimidad podremos esperar del resultado del procedimiento". *Ibíd.*, p. 117.

237 Al respecto MARTÍ sostiene lo siguiente: "El modelo de la democracia deliberativa posee un carácter ideal, esto es, expresa un ideal

este nivel de análisis como una utopía inalcanzable, en la misma dirección que NINO²³⁸. Pero lo cierto es que el debate tendría que estar dirigido en la dirección en la que va HABERMAS, de lograr un punto de encuentro, comenzando por eliminar aquellos calificativos que los contraponen, ubicándolos, a su vez, en un mismo “bando” en medio de las discusiones políticas, para que la *praxis* del modelo tuviera en mayor medida puntos de encuentro que diferencias irreconciliables. Y si bien MARTÍ no se opone a una coexistencia conceptual semejante entre estas nociones enfrenta-

de Gobierno democrático hacia el que debemos tender en la medida de lo posible. Se trata, en definitiva, y en opinión del grueso de la doctrina, de un ideal regulativo” *Ibíd.*, p. 24. En el mismo sentido, COHEN afirma “La concepción deliberativa de la democracia se organiza alrededor de un ideal de justificación política. De acuerdo con este ideal, justificar el ejercicio del poder político colectivo es proceder sobre la base de un razonamiento público libre entablado entre iguales”. JOSHUA COHEN. “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en JAMES BOHMAN y WILLIAM REHG (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge y Londres, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1997, disponible en [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwjbr5PW5qPaAhVPzlkKHYP RD0IQFghNMAQ&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F20679041%2F1774497988%2Fname%2FCohen_Deliberative_Democracy.pdf&usg=AOvVaw2mGQqyds77SsfWfsgNUZdP].

- 238 “Debemos tratar de mostrar que, imperfectas como son, las prácticas sociales de las democracias actuales se encuentran más cerca del Estado democrático ideal que los sistemas que no tienen ningún rasgo del Estado democrático. Por otro lado, no es una utopía en sentido negativo proponerse un ideal que, aunque quizá nunca se alcance en la realidad, pueda sin embargo distinguir una gradación de situaciones reales o posibles que logren ubicarse de acuerdo con su proximidad o lejanía respecto de aquel ideal”. NINO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 24.

das, es reacio a aceptar una convivencia pacífica en la práctica, para desglosar su argumento en cuanto a los problemas que se configuran en este apartado, trae al debate otros elementos que sustentan esta paradoja, en especial, la rigidez constitucional y el control judicial de constitucionalidad.

III. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Aquí, MARTÍ dedica buena parte de su capítulo a exponer las razones por las cuales *prima facie* el control judicial de constitucionalidad y la rigidez constitucional constituyen un obstáculo a la implementación del modelo de democracia deliberativa. En primer lugar, expone tres argumentos de parte de aquellos que defienden la rigidez, que pueden resumirse de la siguiente manera: 1. La Constitución establece el ámbito de los órganos legislativos democráticos y protege determinados elementos que son necesarios para el propio funcionamiento de la democracia, por ende, ningún procedimiento democrático puede revisar tales elementos, se traduce esto, en una rigidez absoluta; 2. La Constitución establece contenidos mínimos de derecho natural que la hacen infranqueable ante los procesos políticos; y 3. Los compromisos asumidos en la Constitución son unos adoptados tras un importante proceso de reflexión que debe blindarse ante momentos de irracionalidad o pasión propios de la política parlamentaria²³⁹.

239 MARTÍ. "La democracia deliberativa en acción", cit.

La rigidez constitucional es un elemento que guarda una relación inescindible con el debate en torno a la democracia y al liberalismo, éste quizá comporte un debate álgido por sí mismo, pero las conclusiones derivadas de la discusión de rigidez siempre tienen que ir dirigidas hacia esa contradicción irreconciliable que MARTÍ señala con relación a los conceptos antes mencionados, que se permite llamar del mismo modo, sustantivismo y procesalismo²⁴⁰. Pero esto no quiere decir que pueda restársele valor alguno a cada uno de los debates que pudieran gestarse en medio del liberalismo y la democracia, pues las soluciones, claro está, no están dirigidas en asumir una de las dos posiciones de manera absoluta. Cada patrón, concepto o estructura que pudiera relacionarse con este debate tiene una forma particular de consolidarse en lo discursivo y en lo argumental.

Abordaremos las conclusiones del autor con respecto a la rigidez, que a diferencia del control de constitucionalidad (que trataremos en líneas posteriores), ve con un poco más de recelo, pues la considera mucho más lesiva a los intereses del que hacer democrático. Pero esta negación *prima facie* de las bondades que pudieran derivarse de procedimientos más estrictos de reforma, no es absoluta, pues abre un espacio a la rigidez, en la medida que los procedimientos pudieran considerarse más inclusivos y resultantes de la voluntad popular. A este respecto afirma:

240 Ver “procedimiento y sustancia de la legitimidad política”. *Ibíd.*, p. 125.

Por todo ello, el control judicial de constitucionalidad y la rigidez constitucional pueden mejorar, no ya los procedimientos democráticos en general, sino los defendidos por el modelo de la democracia deliberativa en particular [...] cierta rigidez constitucional y el mecanismo de control judicial de constitucionalidad no son necesariamente anti-democráticos, y por lo tanto tampoco son necesariamente elitistas, ni incompatibles con la república deliberativa. Al contrario, dado que los principios estructurales y las precondiciones del procedimiento democrático deliberativo son efectivamente muy exigentes, es positivo proteger constitucionalmente un sistema de derechos que los pongan en práctica, y que sirvan, además, de signo de una identidad común basada en valores²⁴¹.

El argumento es claro en favor no solo de la rigidez, sino también del control de constitucionalidad. Pero resalta la importancia de que aquellos mecanismos de reforma deben ir acompañados, si su intención es ser estrictos, de mecanismos que permitan inferir un ejercicio mayormente participativo e incluyente, es decir, que integre referendos, consultas populares, etc., pues de lo contrario constituiría una gravosa intromisión hacia el principio de soberanía popular. Claro está, que aquella defensa de un menor grado de rigidez viene acompañada por lo general de una férrea defensa del control judicial de constitucionalidad. Y aunque este control también puede ser ejercido por el parlamento, en la mayoría de democracias constitucionales el encargado de esta función es un tribunal constitucional, como por ejemplo en Colombia y en Estados Unidos.

241 *Ibíd.*, p. 294.

Es evidente que el autor aun cuando resalta algunas cualidades con relación a cierto grado de rigidez, prefiere la atenuación a su máximo posible, dejando claro al inicio del capítulo estudiado que la democracia deliberativa es posible incluso sin Constitución alguna:

Lo primero que hay que señalar es que, contra lo que algunos han pensado, no es necesario que una república deliberativa cuente con una Constitución²⁴².

Sin embargo, aun si se acepta que la mayoría de las democracias actuales poseen una Constitución, reconoce dicha realidad con beneficio de inventario, pues afirma que en teoría, la Constitución no es más que una ley suprema, que al igual que las leyes ordinarias son susceptibles de ser modificadas. Aquella consideración, demuestra la reticencia hacia los procesos estrictos de reforma, sin los cuales no podríamos hablar de una Constitución, sino únicamente desde lo simbólico:

[E]n efecto, si la Constitución pudiera ser reformada por el mecanismo ordinario de aprobación de una ley, y con las mayorías propias de la ley, entonces en sentido estricto no existiría Constitución, ya que el legislador no estaría sujeto a ningún mandato superior, puesto que podría modificar las normas constitucionales por la simple expedición de una ley²⁴³.

242 *Ibíd.*, p. 285.

243 Artículo 142, Sentencia C-816 de 30 de agosto de 2004, MM. PP.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-816-04.htm>].

No obstante, junto con el análisis del control de constitucionalidad, termina aceptando en forma condicionada algunos beneficios de la rigidez ligada íntimamente con la implementación de una justicia constitucional, tanto difusa como concentrada²⁴⁴. En defensa de un control de constitucionalidad, como afirma MARTÍ se argumenta en primera medida la necesidad de que exista un órgano colegiado imparcial e independiente capaz de desligarse de los intereses particulares y fundar una decisión en derecho, pues poco pudiera esperarse de un parlamento que actuara como juez y parte sobre una disputa que pretende realizar un juicio de intangibilidad sobre algo a lo que él mismo ha dado lugar, más allá de los matices democráticos que pudieran emerger de una institución como el parlamento²⁴⁵. Ahora, en contra de la existencia de este control, el argumento que cobra más fuerza es la escasa legitimidad democrática que tiene un tribunal constitucional, pues estos:

[N]o gozan generalmente de un origen democrático directo, dado que no son elegidos por el voto popular sino que son designados. Además, estos tribunales no están generalmente sujetos a una renovación periódica de sus mandatos, ni son responsables en forma directa ante la opinión pública²⁴⁶.

244 MARTÍ. "La democracia deliberativa en acción", cit., p. 294.

245 En ese sentido afirma MARTÍ: "Un argumento intuitivo en favor de que el control sea ejercido por los tribunales es que el Parlamento que ha dictado las leyes que van a ser controladas no puede ser juez y parte". *Ibíd.*, p. 290.

246 NINO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 258.

Y aun cuando MARTÍ (al igual que NINO), trae al debate este argumento, sin mucha fortaleza se decanta no por la necesidad, sino más bien por la utilidad de un control judicial de constitucionalidad. Contrario a una fuerte doctrina en contra de aquello que resulte en una decisión carente de legitimidad democrática en el marco de una democracia tendiente a un sistema de toma de decisiones basado eminentemente en la deliberación²⁴⁷.

Prueba de ello, es lo afirmado por NINO²⁴⁸, que cuestiona aquel control al que MARTÍ le encuentra una utilidad evidente.

Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes según la cual aquellos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones²⁴⁹.

A esto BICKEL lo cataloga como la “dificultad contramayoritaria”²⁵⁰.

En este punto tenemos que asentir con la posición de MARTÍ, el exceso de democracia y la emocionalidad

247 “Una concepción deliberativa de la democracia coloca al razonamiento público en el centro de la justificación política”. (COHEN. “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, cit., p. 244.

248 Si bien es cierto, Nino no consiente con la idea de que un tribunal judicial invalide las decisiones del legislador, establece algunas excepciones NINO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit.

249 *Ibíd.*, p. 259.

250 ALEXANDER M. BICKEL. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1978; ROBERTO GARGARELLA. *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional, 2012, disponible en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].

propia del ejercicio democrático obligan a que exista un freno con fundamento en la razón y no en la mera liberalidad de la política y de la deliberación democrática. Y si bien como MARTÍ señala, algunas de las precondiciones implican un alto nivel de formación por parte de nuestros representantes e incluso de nuestros ciudadanos²⁵¹, al exigir una ejemplar capacidad de discernimiento a la hora de elegir, la realidad señala una cosa distinta.

La falta de formación y de cultura política nos lleva a que aquella deliberación se torne más emocional que racional y que la fuerza de los argumentos esté determinada no por unas capacidades académicas envidiables, sino por el contrario, se determine por una lucha de poder embebida de emocionalismo que en forma necesaria tienen que tener un contrapeso. Aun cuando el ejercicio de la democracia deliberativa exige una marcada tendencia hacia la argumentación, la posibilidad de contrastarlos y llegar a la mejor solución posible, lo cierto es que hoy en día es necesario para llegar a aquel ideal de la existencia de un organismo que le imprima tal nivel de sabiduría y formación a los debates, aun cuando no sea elegido popularmente²⁵².

251 “Debe asegurarse también, al menos en un grado mínimo, la formación política de los ciudadanos así como sus capacidades y habilidades argumentativas. Es necesario contar con una ciudadanía suficientemente informada y motivada por la cosa pública, que sea capaz de articular públicamente sus preferencias y demandas, y los argumentos necesarios para defenderlas”. MARTÍ. “La democracia deliberativa en acción”, cit., p. 110.

252 Después de un pormenorizado análisis del control de constitucionalidad, Nino afirma lo siguiente: “A través de tales mecanismos, los jueces tendrían un rol activo en la tarea de contribuir a mejorar

Ahora, MARTÍ señala que aunque el control judicial de constitucionalidad sea contramayoritario, no supone un problema para el proceso democrático. Pues el control judicial en determinadas circunstancias (Constitución flexible o poco rígida), opera como un vigilante del ejercicio legislativo, sin que ello tenga como consecuencia un menoscabo de la soberanía popular. En segundo lugar, encuentra utilidad en el ejercicio del control de constitucionalidad como “mecanismo de frenos y contrapesos”, que pretende evitar los abusos de los representantes con respecto a sus electores, mismo argumento en favor de la rigidez constitucional. Esto quiere significar que cuando los legisladores se vean tentados a legislar en interés propio, exista una posibilidad real de frenar dichos abusos. No siempre el control judicial se constituye como una figura perjudicial para la labor democrática deliberativa, por el contrario, reporta efectos positivos en tratándose de pulir los escenarios de implementación del modelo deliberativo e incluso le aportan calidad al debate argumentativo que en principio no es tan exhaustivo en sede legislativa hasta que se logren unos mínimos en materia de formación cívica y académica de los actores involucrados en el procedimiento deliberativo, en mayor medida, la ciudadanía.

la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones más reflexivas”, teniendo en cuenta que el contexto en el que admite el control judicial es en un entorno más restringido para los jueces y que en su concepto es mucho más armónico con un modelo deliberativo, conforme tres excepciones planteadas previamente. NINO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 293..

En todo caso, esto no responde a máximas irrebatibles como nos hace ver NINO. En ocasiones, la senda que recorre MARTÍ es mucho más loable en un escenario tendiente a la implementación de una democracia deliberativa, por cuanto asegura unos mínimos de calidad y congruencia en la calidad del debate y en general de nuestro sistema jurídico. El tribunal actuaría como un mínimo de corrección necesaria en pro de moldear de la mejor manera posible las precondiciones necesarias²⁵³ para poder discutir un nuevo modelo de democracia²⁵⁴.

Hay que poner de presente, además, una incongruencia en relación con lo que antes estudiábamos, atinente al liberalismo y a la democracia, consistente en admitir un sistema de justicia constitucional. Pues al dar ese paso, se admite –en un mayor o menor grado, dependiendo del ejercicio práctico de aquel control– la superposición de un sistema liberal que se opone a cualquier tipo de intromisión de parte del poder soberano. Esto nos llevaría a concluir y de alguna manera ir en contrario a las pretensiones de HABERMAS, de equiparar los conceptos, a una clara superposición y casi que una contradicción irresoluble, pues a *contrario sensu* el negar que exista un control sobre la norma

253 Por ejemplo, abogar en precondiciones como el derecho a la igualdad y a la libertad, que señala MARTÍ en su obra. MARTÍ. “La democracia deliberativa en acción”, cit., pp. 108 y ss.

254 “Por otra parte, y dado que el Parlamento no expresa necesariamente de la manera más pura y honesta la voluntad democrática de la ciudadanía, es bueno que contemos con ciertos mecanismos de deliberación institucional que contribuyan a la reflexión conjunta de la comunidad”. *Ibíd.*, p. 295.

en contraste con la Constitución, sería tanto como eliminar las barreras que separan el ejercicio democrático con los derechos, con una clara preeminencia del primero por sobre los últimos. Así, las discordancias son evidentes, y aunque autores como GARGARELLA²⁵⁵ se esfuerzan por conciliar unos aspectos en línea con lo expuesto por MARTÍ, en el capítulo estudiado:

Por un lado, durante este trabajo he propuesto que el control de las leyes esté enfocado a asegurar las condiciones del debate democrático. Ello implicaría, antes que nada, autorizar que los jueces intervengan frente a aquella legislación dirigida a: discriminar irracionalmente a cualquier grupo minoritario; impedir la reunión o la discusión entre distintos individuos; cerrar las vías de expresión ciudadana (censura a los medios de prensa, reducir al silencio a las voces opositoras, etc.)²⁵⁶.

El problema sigue latente, aunque las soluciones han sido propuestas, por lo que de igual manera, GARGARELLA sostiene:

En este sentido, por ejemplo, podría pensarse en el diseño de mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios afectados, y también podría pensarse en abrir canales más directos para que los grupos que se sientan perjudicados injustamente por una determinada norma puedan ser escuchados a pesar de su escaso número o poder de presión²⁵⁷.

255 GARGARELLA. "Full representation, deliberation and impartiality", cit.; íd. *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit.

256 GARGARELLA. *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit, p. 280.

257 *Ibíd.*, p. 281.

Solución que a nuestro juicio plantea una alternativa plausible en aras de brindar soluciones a aquella contradicción entre un modelo de justicia deliberativa y un sólido modelo de justicia constitucional, pues ampliar el espectro de la acción que da lugar al control concentrado de constitucionalidad a toda la ciudadanía, conlleva a que, por un lado, se ejerza un control directo sobre el quehacer legislativo y por otro, se atenué aquella falta de legitimidad democrática, siendo la ciudadanía la que de manera directa cuenta con la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de determinada norma.

Pensamos que el modelo de democracia colombiana ha resuelto con holgura esta contradicción, aunque siempre estarán los críticos que ni aun de ese modo aceptan un modelo de justicia constitucional, lo cierto es que la legitimidad es incluso mayor que en aquellos sistemas donde la demanda de inconstitucionalidad debe provenir en forma exclusiva del parlamento. Máxime, cuando quienes son elegidos para ocupar tal dignidad en el tribunal constitucional son escogidos a través del Senado, producto de un esquema de participación que incluye las tres ramas del poder público. Pudiera pensarse que este es un mecanismo de elección semejante al de los sistemas parlamentarios, en tratándose de los primeros ministros, con lo que se encuentran en materia de justicia constitucional semejanzas con los sistemas parlamentarios que los deliberativistas, en su mayoría, procuran en defender.

Pero no todo queda allí, son por completo admisibles las consideraciones de ALEXANDER HAMILTON, con relación al despliegue del control constitucional y en razón del reconocimiento del poder soberano del

pueblo. Lo dicho por él pondría en evidencia un interrogante relacionado con las disertaciones de MARTÍ. Si partimos, al igual que MARTÍ en este capítulo²⁵⁸, de que la Constitución es fiel reflejo de un robustecido proceso de deliberación e inclusión, ¿el control de constitucionalidad no sería acaso una herramienta casi indispensable para garantizar aquella voluntad primaria, fiel reflejo de un concienzudo ejercicio de deliberación democrática? En sintonía con ello, HAMILTON afirma:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son²⁵⁹.

258 "Para que un Constitución sea legítima debe haber sido aprobada siguiendo un procedimiento democrático y fuertemente inclusivo". MARTÍ. "La democracia deliberativa en acción", cit., p. 286.

259 En ALEXANDER HAMILTON. *El federalista*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, n.º 78, p. 331.

Ahora, si bien pudiera afirmarse que como se llegó a ese consenso, a su vez puede llegarse a otro con posterioridad, prueba de ello la ley, sería con facilidad rebatible ese argumento en tratándose de democracia deliberativa, donde como ideal regulativo se debe tender a priorizar una toma de decisiones lo más deliberativas, inclusivas y participativas posibles. ¿Cuál sería la razón para conceder mayor valor a un acto del legislativo que no surtió un vasto proceso de deliberación como el que dio lugar a la Carta Política de un país, que permitiera contrariar algunas de sus disposiciones, más allá de las discusiones en torno a la jerarquía normativa? Lo cierto es que la animadversión de parte de los republicanistas o demócratas en contra de los poderes judiciales se ha ido mermando considerablemente, pues partiendo del reconocimiento de la necesidad de una Constitución como elemento definitorio del ordenamiento, se intuye como necesaria la existencia de un guardián que proteja aquel pacto superior, que se supone es el producto de un robusto proceso de deliberación democrática inclusiva y participativa.

IV. PERTINENCIA DEL ANÁLISIS DE MARTÍ

La pertinencia es incuestionable, si lo que se pretende con esta investigación es develar la importancia estructural de los canales de participación democrática para la ciudadanía, ante todo en el parlamento, como escenario máximo de concertación democrática. El análisis de estos apartes transversales de la democracia deliberativa sin duda demuestra un abanico de

realidades conceptuales y prácticas posibles en torno al valor de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas y sobre todo, en lo atinente al problema de la legitimidad política de nuestras instituciones democráticas. El esfuerzo del autor estudiado a lo largo de este ensayo por darle forma a una teoría reciente de un nuevo modelo de democracia es una tarea más que destacable y dificultosa, aun cuando la teoría de la democracia deliberativa ya cuenta con una bases teóricas robustas, de la mano de pensadores de la talla de JÜRGEN HABERMAS y CARLOS SANTIAGO NINO, que nos hacen reformular los conceptos que sobre democracia veníamos trabajando.

Si bien es cierto que el modelo de democracia deliberativa dista mucho, por su inmadurez y por su falta de concreción empírica, de ser el modelo ideal de democracia, sí nos muestra el camino en dirección de un papel mucho más preponderante de la ciudadanía en los esquemas democráticos, como el objetivo, reiteramos, de la investigación es determinar canales de participación y determinar su papel en el escenario del debate parlamentario y del sistema democrático como tal, las bases de este nuevo modelo nos llena de instrumentos para una comprensión más holística de nuestro sistema constitucional, por ejemplo, en función de unos mayores estándares de participación y de incidencia en el quehacer democrático con relación a la implementación de un rígido sistema de justicia constitucional. En definitiva, la utilidad no solo de esta obra sino de cada uno de los autores comentados en este escrito es indudable a la luz de unos nuevos escenarios de participación democrática, como deben darse en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

BICKEL, ALEXANDER M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1978.

COHEN, JOSHUA. "Procedure and Substance in Deliberative Democracy", en JAMES BOHMAN y WILLIAM REHG (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge y Londres, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1997, disponible en [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0ahUKEwjbr5PW5qPaAhVPzlkKHYP RD0IQFghNMAQ&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F20679041%2F1774497988%2Fname%2FCohen_Deliberative_Democracy.pdf&usg=AOvVaw2mGQqyds77SsfWFsGNUZdP].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-816 de 30 de agosto de 2004, MM. PP.: JAI-ME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO UPRIMNY YEPES, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-816-04.htm>].

Sentencia T-535 de 20 de agosto de 2015, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-535-15.htm>].

GARGARELLA, ROBERTO. "Full representation, deliberation and impartiality", en JON ELSTER (ed.). *Deliberative Democracy*, New York, Cambridge University Press, 1998.

GARGARELLA, ROBERTO. *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional, 2012, disponible en [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf].

- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN y JOHN RAWLS. *El debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998.
- HAMILTON, ALEXANDER. *El federalista*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HOLMES, STEPHEN. “El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado”, en HONGJU KOH, HAROLD y RONALD C. SLYE (coords.). *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Madrid, Gedisa, 2004.
- HONGJU KOH, HAROLD y RONALD C. SLYE. “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción”, en HAROLD HONGJU KOH y RONALD C. SLYE (coords.). *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Madrid, Gedisa, 2004.
- HONGJU KOH, HAROLD y RONALD C. SLYE (coords.). *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Madrid, Gedisa, 2004.
- LIJPHART, ARENDT. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, CARME CASTELLNOU (trad.), Barcelona, Ariel, 2000.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS. “La democracia deliberativa en acción”, en JOSÉ LUIS MARTÍ, ROBERTO GARGARELLA y JUAN JOSÉ MORESO. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS; ROBERTO GARGARELLA y JUAN JOSÉ MORESO. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007.

EL AUTOR

JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS, abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia (2006), Magíster en Administración de Negocios, Especialista en Gerencia Empresarial y Especialista en Gerencia Financiera, todos de la Universidad Autónoma de Manizales, Especialista en Administración en Salud de la Universidad Católica de Manizales, Diplomado en Gestión Pública y Docencia Universitaria de la Esap, estudiante de la Especialización en Gobierno y Gestión Pública Territorial de la Pontificia Universidad Javeriana, estudiante regular de los cursos válidos para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que se cursa en Buenos Aires, Argentina, próximo a presentarse ante la Comisión de Doctorado de esa casa de estudios.

Secretario General de la Comisión Sexta del Senado encargada del sector TIC y comunicaciones, educación, tránsito y transporte y servicios públicos domiciliarios, docente de la Universidad Esap.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en julio de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia