

II. Análisis temático	29
1. Derechos individuales	29
A. Libertad	30
B. Igualdad	32
C. Propiedad	35
D. Seguridad jurídica	37
2. Derechos sociales	38
3. Derechos culturales	41
4. Derechos colectivos	46
5. Derechos políticos	47
6. Mecanismos de protección de los derechos fundamentales	49
A. Garantías no judiciales	50
B. Garantías judiciales	51
C. Acciones populares	67
D. Acción de cumplimiento	69
7. La soberanía	69
8. Las ramas del poder público	76
A. Congreso de la República	77
B. Presidencia de la República	79
C. Poder Judicial	87
9. Organismos de control	94
A. Procuraduría General de la Nación	95
B. Defensoría del Pueblo	96
C. Contraloría General de la Nación	98
10. Organismos y funciones del Estado: la Constitución económica	99
11. Ordenamiento territorial	105
12. Supremacía de la Constitución	111
13. La reforma de la Constitución	114

II. ANÁLISIS TEMÁTICO

1. *Derechos individuales*

La Constitución colombiana sigue la tradición histórica del constitucionalismo y, con ello, abre su amplio catálogo de derechos con la relación de aquellos que suelen denominarse de “primera generación”,³¹ propios de la concepción liberal de las libertades, que se configuran como prerrogativas jurídicas inherentes al individuo humano, destinadas a pro-

31 El título II de la Constitución, cuyo encabezado es “De los derechos, las garantías y los deberes”, está subdividido en cinco capítulos, el primero de los cuales apareció titulado bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales”, denominación que se incorporó en la redacción final del texto constitucional y que por tanto no formó parte de los debates constituyentes. Por ello y por otras consideraciones, la jurisprudencia y la doctrina han excluido dicha nomenclatura como criterio determinante para establecer cuáles son los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución. Véase Osuna Patiño, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, 1998, pp. 166-202; Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Julio Estrada, Alexei, *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

teger su esfera privada y su autonomía, e imponen un deber genérico de abstención al Estado y a los particulares.

Dentro de ellos se destacan el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el reconocimiento a la personalidad jurídica, los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, las libertades de conciencia, cultos, expresión e información, circulación, elección de profesión u oficio, enseñanza y cátedra, asociación, al igual que los derechos de petición, debido proceso, *habeas corpus*, de asilo, reunión y manifestación (artículos 11 a 37). Adicionalmente se establecen importantes prohibiciones, propias del legado universal de los derechos, como las del sometimiento a desaparición forzada, tratos crueles, degradantes, esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos (artículos 12 y 17).

La Constitución también consagra otros derechos y libertades reconocidos desde los albores del constitucionalismo como propios del Estado liberal, la propiedad privada, a la que se ubica como un derecho económico, social y cultural, la libertad económica, consagrada en el título sobre el régimen político y la hacienda pública, posición que anticipa la forma como en ellos aparece la impronta del Estado social de derecho y el imperativo de que su concepción, estructura e interpretación, sólo pueda determinarse en procura de la coherencia entre los intereses individuales que protege y los intereses colectivos que giran en torno de su realización o ejercicio.

A. Libertad

La noción de libertad en la Constitución de 1991 representa, a cabalidad, esa “cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir fines y de escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular”.³² En tal sentido, comprende el amplio abanico de conductas que pueden ser desplegadas por el individuo según su determinación independiente y que se traducen en un variado número de libertades concretas, pero a las que a su vez se suma la consagración de la libertad en sentido amplio, como garantía de esos ámbitos no advertidos por el Constituyente, pero posibles y deseables, y que comprende “todas las opciones humanas que pue-

32 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 249.

dan ser emprendidas, es decir, todas las conductas posibles”.³³ Se hace referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 16 de la Constitución, cuya función en ordenamiento superior ha sido, al decir de la Corte Constitucional, precisamente la de cubrir un ámbito amplio de: “libertad general de acción, esto es, la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente”, el reconocimiento de un “derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad”.³⁴

Esta concepción no concreta de la libertad ha permitido proteger en sede judicial ámbitos de libertad que no están consagrados de modo explícito en la Constitución, tales como la de optar sin coacción alguna entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería,³⁵ el derecho a ser madre,³⁶ el derecho a la identidad personal,³⁷ del que por su parte se desprenden el derecho a un nombre como expresión de individualidad,³⁸ el derecho a la libre opción sexual,³⁹ el derecho a decidir sobre la apariencia personal,⁴⁰ la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, a consumir drogas o abstenerse de hacerlo,⁴¹ o a seguir un tratamiento médico o rehusarlo.⁴² Es evidente que dicha “cláusula general de libertad” ha de permitir que en el futuro sean reconocidas como expresiones de la libertad constitucional protegiendo otras manifestaciones de la individualidad que vayan siendo reconocibles de acuerdo con el desenvolvimiento de las relaciones sociales y con las nue-

33 *Ibidem*, p. 250.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-067 de 1998.

35 Corte Constitucional, Sentencia T-543 de 1995.

36 Corte Constitucional, Sentencias T-420 de 1992, T-79 de 1994, T-292 de 1994, T-211 de 1995, T-442 de 1995, T-145 de 1996, T-290 de 1996, T-590 de 1996, T-393 de 1997, T-667 de 1997 y T-656 de 1998.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995.

38 Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 1993.

39 Corte Constitucional, Sentencias C-481 de 1998, C-98 de 1996, T-97 de 1994 y T-539 de 1994.

40 Corte Constitucional, Sentencias T-179 de 1999, SU-641 de 1998, T-65 de 1993 y T-248 de 1996.

41 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994.

42 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994.

vas expectativas a ser consideradas como dignas de ser constitucionalmente protegidas.⁴³

B. Igualdad

La riqueza y amplitud con las que ha sido consagrada la igualdad en la Constitución colombiana ha permitido considerarla no sólo como un derecho fundamental, sino también como un principio que articula y da sentido a la totalidad del ordenamiento jurídico,⁴⁴ que sirve para la interpretación de las normas constitucionales en su conjunto, en sus contenidos dogmáticos y orgánicos, como derechos, libertades, deberes y también obligaciones, competencias y habilitaciones de las autoridades. Tal importancia se deriva probablemente de la preocupación siempre latente por “equilibrar las relaciones de poder, asegurar una distribución más equitativa de los recursos, interpretar las necesidades de las personas y de los sectores sociales marginados, proteger al débil y promover la justicia social”.⁴⁵

En lo que se refiere a las posiciones subjetivas derivadas del concepto de igualdad establecido en la Constitución, se pueden distinguir al menos tres connotaciones diversas. En primer lugar, su definición clásica como igualdad formal, igualdad ante la ley, de la que se deriva el imperativo de la misma protección y trato por parte de las autoridades; en segundo, igualdad como prohibición de discriminaciones, por cualesquiera razones y que conforme la doctrina constitucional reiterada⁴⁶ van más allá de

43 Varios autores, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional”, trabajo realizado por el equipo de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, Bogotá, 2005.

44 Araujo Rentería, Jaime, *El derecho fundamental a la igualdad: precisiones*, Bogotá, Corporación Universitaria Republicana, 2004.

45 Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, 1992.

46 Así es como la Corte ha estimado contrarias a la Constitución discriminaciones por razón de la orientación sexual, como ha quedado plasmado, entre otras, en las sentencias T-569 de 1994, T-037 de 1997, T-101 de 1998 y T-097 de 1994. Con todo, dicha postura extensiva de la prohibición de discriminación ha quedado desdicha por otros pronunciamientos en los cuales se ha estimado legítimo el trato desigual legislativo en materia de seguridad social, residencia, adopción y parejas de hecho, para las personas homosexuales (sentencias C-098 de 1996, C-814 de 2001, SU-623 de 2001 y T-725 de 2004), así como el que impone mayores exigencias para la prestación del servicio militar para quie-

las expresamente reconocidas (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) y alcanzan cualquier perjuicio sobre personas o grupos de personas, por causa de sus características físicas inmutables,⁴⁷ circunstancias fuera del control del individuo o que sencillamente reflejen “sus opiniones o convicciones expresadas en ejercicio de las libertades protegidas constitucionalmente”,⁴⁸ y en tercero, igualdad en tanto mandato de acción al Estado que debe velar por que la equiparación normativa en cuanto a libertades, derechos y oportunidades se traslade a la realidad, dimensión ésta reforzada por su imposición como principio prescriptivo, como conjunto de prestaciones públicas que procuren la promoción de las condiciones que permitan que “la igualdad sea real y efectiva” y que adopten medidas “en favor de grupos discriminados y marginados” en especial de quienes por sus condiciones económicas, físicas o mentales “se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

En ese último sentido, la igualdad es entendida “como el atributo fundamental de todos los seres humanos para ser titulares de derechos, y en consecuencia, para expresar sus diferencias en todos los órdenes de la vida social”.⁴⁹ No se trata, entonces, de “un parámetro formal de valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades”, garantizada mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin discriminación, pero gracias al establecimiento de diferencias en favor “de personas o grupos en situación de desigualdad por su condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta”.⁵⁰

Hay en fin, dos principios que juegan un papel importante en la definición de la igualdad justa al interior del Estado social de derecho descrito por la Constitución: el pluralismo y la dignidad humana.⁵¹ En efecto, la igualdad que se plasma en el texto constitucional debe dejar sentado el

nes cuentan con menor formación escolar, respecto de quienes poseen título de bachilleres (Sentencias C-093 de 2001 y C-673 de 2001).

47 Correa Cardozo, Hernán, “Integración y discapacidad. Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional colombiana”. En varios autores, *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.

48 Cepeda Manuel José, *op. cit.*, nota 45, pp. 67 y ss.

49 Corte Constitucional, Sentencia C-881 de 2003.

50 Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992.

51 Chinchilla, Tulio Elí, *op. cit.*, nota 31, p. 93.

respeto a la diferencia individual o grupal que dignifica, que enaltece, que es manifestación del pluralismo, protegido como principio constitucional fundamental. De hecho, parte de las cargas que asume el Estado para hacer efectivas la libertad y la igualdad fácticas supone la protección de esa diferencia. Es decir, que la igualdad que reivindica la carta no es aquella basada en la asimilación de todos los individuos, sino aquella consistente en atribuirles a todas estas personas, a pesar de que en realidad sean diferentes, iguales derechos, libertades y oportunidades.⁵² Asimismo, va a ser la dignidad humana como fundamento del Estado el postulado que determinará los mínimos de igualdad material que obligan al poder público y que se configuran en cargas u obligaciones exigibles.

La interpretación de estos postulados conduce ineludiblemente al reconocimiento de las diferencias como parte esencial de la identidad de los nacionales y en tal sentido, a que su reivindicación sea un derrotero obligado en el marco de la actuación de los poderes públicos para que ésta pueda calificarse como legítima. Pero las diferencias de orden económico y social constituyen más bien situaciones de incumplimiento del mandato de igualdad, que deben ser combatidas con políticas públicas encaminadas a superar la restricción real de las libertades que sufren los grupos e individuos que las padecen.

Para lograr tal cometido, la Constitución establece que el Estado debe adoptar medidas “en favor de grupos discriminados y marginados”. Discriminados serían aquellos grupos cuyas personas tienen rasgos naturales o culturales que los individualizan y que han servido de pretexto para desconocer sus derechos e impedir su goce efectivo; marginados, a su vez, serían aquellos que por condiciones sociales y económicas se ven privados del ejercicio pleno de sus libertades. Es evidente que la discriminación y la marginación vienen, en innumerables ocasiones, aparejadas. Se trata entonces de una imposición constitucional para poner en práctica medidas que tengan en cuenta las diferencias culturales y naturales de las personas, para que a partir de este reconocimiento se les permita gozar a plenitud, como los demás, de los derechos y libertades fundamentales.

52 Al respecto, cabe anotar que en la jurisprudencia y algún sector de la doctrina colombiana ha encontrado cabida la noción de igualdad contenida en los planteamientos de Luigi Ferrajoli. Véase *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos, cit.*, nota 32, pp. 255 y ss.

Estos mecanismos, denominados “acciones afirmativas”, o “discriminaciones positivas” se han incorporado a la vida constitucional colombiana, y de ellos son buenos ejemplos la ley de cuotas femeninas en la administración pública o las circunscripciones electorales especiales para los pueblos indígenas. Pero, por otra parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido enfática en afirmar que cuando una distinción en el trato se funde en criterios que tradicionalmente han sido utilizados con fines discriminatorios, ésta se presume inconstitucional y que, por tanto, la autoridad que la practica tiene la carga de demostrar que ésta es legítima por cuanto su objetivo es dar cumplimiento al mandato constitucional de igualdad.⁵³

C. Propiedad

Como corolario de la adopción de la cláusula del Estado social de derecho, la Constitución colombiana consagra el derecho de propiedad como derecho subjetivo a partir de supuestos distintos a los que acompañaron su prefiguración liberal como *absoluto, sagrado e inviolable*.

En efecto, la dimensión social que se adscribe al modelo de Estado colombiano, junto con la expresa consagración del principio constitucional de solidaridad, anticipan la noción de propiedad como derecho con función social y la posibilidad de que por motivos de utilidad pública o de interés social pueda ser decretada la expropiación. Además, por disposición constitucional explícita, a la propiedad le es inherente una función ecológica.

Por lo que se refiere a la función social, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicha exigencia, además de integrar la noción de propiedad, “se orienta a realizar el interés de la comunidad y por ello busca atraer al sujeto de manera que, sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual”. En ese sentido se condiciona el derecho a la realización de funciones y de fines que concilien los intereses del propietario y su beneficio personal con el “más alto patrón de so-

53 Sobre el test de igualdad aplicado por la Corte Constitucional véase Corte Constitucional, Sentencias C-093 de 2001 y C-673 de 2001. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos, cit.*, nota 32, p. 262; Lamprea Montealegre, Everaldo, “El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el año 2001”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.

ciabilidad”, concebido en términos de bienestar colectivo, solidaridad y “relaciones sociales más equitativas e igualitarias”. La ecuación que ha de resolver este justo balance entre los intereses particulares y generales de la propiedad con función social ha de ser determinada “el contexto histórico de las relaciones económicas y sociales... por el legislador como máximo mediador del conflicto social”,⁵⁴ como garante de que dicha relación habrá de ser la expresión de la voluntad general.

La función ecológica, por su parte, atribuye a la propiedad el deber de su titular de hacer uso de la misma de una forma compatible con la preservación del medio ambiente, que es, asimismo, un derecho colectivo consagrado en la Constitución. Es una limitación al derecho de propiedad derivada directamente del concepto de función social.

Asimismo, y como desarrollo directo del principio de prevalencia del interés general y de la función social de la propiedad, la Constitución establece la posibilidad de expropiación por razones de utilidad e interés social, definidas por el legislador. Por regla general, la expropiación exige un dilatado procedimiento en el que intervienen los tres poderes públicos y en el que sólo al término de un proceso judicial en el que se fija el monto de la indemnización correlativa al bien que se expropia se procede a la apropiación estatal del mismo. Sin embargo, en casos determinados por el legislador, la expropiación puede adelantarse por vía administrativa, eso sí, con posibilidad del particular afectado de impugnar judicialmente la actuación de la administración, incluso respecto del monto de la indemnización.⁵⁵

Por otra parte, la Constitución introduce otras disposiciones que establecen deberes del Estado orientados a la promoción del acceso a la propiedad, a la protección y apoyo a las formas asociativas y solidarias de propiedad, bajo el entendido de que “las formas de economía solidaria son consideradas como una eficaz alternativa para satisfacer necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluyen el afán indiscriminado de lucro, [y también] lo

54 Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 1993.

55 El texto originario de la Constitución de 1991 (artículo 58) preveía una posibilidad excepcional de indemnización sin indemnización, decidida por el Congreso de la República “por razones de equidad” por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras parlamentarias. Esta modalidad de expropiación fue, sin embargo, retirada del ordenamiento mediante la reforma constitucional contenida en el A. L. 1 de 1999.

que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo”.⁵⁶

Como concreción de los deberes anteriormente referidos, la Constitución dispone que cuando el Estado enajene su participación en empresas públicas, debe tomar medidas conducentes a democratizar la propiedad de las acciones de las que se va a desprender, y por tanto, debe ofrecerlas en condiciones más favorables a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y sindicales.

Asimismo, la Constitución consagra, junto con la propiedad individual, otra modalidad de este derecho: la propiedad colectiva, que radica en cabeza de los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, y que tiene por objeto los territorios de los resguardos y los demás territorios de los que son titulares los grupos étnicos, los cuales, junto con los bienes de uso público y los parques naturales reciben del texto constitucional la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

D. Seguridad jurídica

La Constitución no incluye un enunciado explícito que consagre la seguridad jurídica, pero su contenido se elabora a partir de las disposiciones constitucionales sobre el principio de legalidad (artículos 60. y 121), el derecho a la igualdad (artículo 13), el debido proceso (artículo 29), el respeto de los derechos adquiridos en cuestiones patrimoniales (artículo 58) y algunas garantías procesales del ámbito penal, como la que consagra el principio de *lex previa, lex certa* (artículo 28).

Pero más allá de estas tópicas expresiones de la seguridad jurídica, ha adquirido especial importancia la de la confianza legítima. Esta noción, importada del derecho europeo⁵⁷ y de su doctrina científica, se encuentra en la reflexión sobre los derechos adquiridos y meras expectativas, aspectos del derecho, distinción que a su vez se relaciona con la aplicación de la ley en el tiempo y con la prohibición general de normas retroactivas, pues de lo contrario rompería la confianza de las personas en el derecho. No constituye, empero, la confianza legítima un verdadero límite al poder del legislador para derogar la normatividad; se trata tan sólo de que algunas

⁵⁶ Informe-ponencia para primer debate en plenaria sobre régimen económico, citada en: Corte Constitucional, Sentencia C- 074/93, M. P. Dr. Ciro Angarita Barón.

⁵⁷ Nacido en la jurisprudencia alemana e importado por el Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia del 13 de julio de 1965.

expectativas puedan gozar de una cierta protección, basada en las razones existentes que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. En tales casos, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.⁵⁸ En esa línea, se ha dicho que se trata de un mecanismo que procura conciliar el interés general con el interés de los particulares, derivado directo de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, pero que adquiere identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Por esto se ha considerado que no sólo es éticamente deseable, sino jurídicamente exigible.⁵⁹ Por lo demás, ha venido a convertirse en una exigencia que no sólo se predica del legislador, sino también del juez⁶⁰ y de los particulares en el ejercicio de sus derechos y atribuciones.⁶¹

2. *Derechos sociales*

La impronta de Estado social de derecho dibujada en la Constitución se aprecia con especial nitidez en la consagración de los derechos que suelen denominarse “económicos, sociales y culturales”, entre los cuales aparecen de modo explícito en el texto constitucional la educación, la salud, la vivienda, el trabajo y diferentes medidas de protección social. Asimismo, la idea de un mínimo vital que forma parte del contenido de todos los derechos y libertades, y que ha sido configurado por la jurisprudencia colombiana como derecho autónomo, forma parte de la concepción social de la libertad, que encuentra cabida en la Constitución colombiana. El reconocimiento y el régimen de estos derechos se completa con las normas internacionales sobre la materia, las cuales se incorporan al ordenamiento constitucional en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad.

Sobre esto último cabe afirmar que el Estado colombiano ha ratificado importantes instrumentos internacionales sobre los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran la Convención Ameri-

58 Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998.

59 Corte Constitucional, Sentencias SU-360 de 1999, T-706 de 1999, T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995, T-438 de 1996, T-791 de 2000, T-983 de 2000 y T-273 de 2000.

60 Corte Constitucional, Sentencias SU-120 de 2003, T-538 de 1994, T-321 y C-321 de 1998.

61 Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 1999.

cana de Derechos Humanos, su Protocolo adicional (Protocolo de San Salvador); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y las Convenciones 87, 98 y 169 de la OIT. Ello ha permitido que en algunas ocasiones la Corte Constitucional haya llamado la atención a órganos del Estado para que el contenido de las leyes y la actuación administrativa se ajusten a los compromisos internacionales adquiridos.⁶²

En cuanto a la exigibilidad judicial de estos derechos, a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina no han arribado a una conclusión definitiva sobre el carácter fundamental de todos ellos, la Corte Constitucional ha introducido el criterio de los “derechos por conexidad”, en virtud del cual un derecho consagrado en la Constitución se puede proteger como fundamental ya sea porque no se dude que pertenece a ese tipo de derechos o porque se pueda establecer una relación de conexidad entre un derecho cuya fundamentalidad resulte disputada y otro de fundamentalidad consensuada. Como ejemplo paradigmático de ello procede citar la conexidad entre la salud y la vida, cuando en el caso que deciden los jueces se presenta una afección a la salud que ponga en riesgo la vida del demandante.⁶³

El derecho a la educación, cuya fundamentalidad no se controvierte, está consagrado con carácter general en el artículo 67 de la Constitución y para los niños, de modo específico, en el 44. La Constitución establece, además, previsiones sobre obligatoriedad de la educación para las personas entre los cinco y los quince años de edad, sobre la inspección y vigilancia estatal sobre los centros de educación, sobre la autonomía universitaria, el acceso a la cultura y las libertades de cátedra e investigación. El contenido del derecho abarca obligaciones, tanto de abstención y de protección, como de prestación del servicio público respectivo. Sobre esta última parte del contenido la jurisprudencia y la doctrina han hecho énfasis en las obligaciones de disponibilidad, acceso, permanencia y calidad.⁶⁴

62 En tal sentido, la Sentencia T-568 de 1999 exhortó al entonces Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social para que presentara un proyecto de ley a consideración del Congreso, en el que se desarrolla el derecho de huelga de manera armónica con las normas internacionales.

63 Sobre los derechos por conexidad véase Osuna Patiño, Néstor, “Los derechos por conexidad”.

64 Góngora Mera, Manuel, *El derecho a la educación, en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

La salud, por su parte, es el derecho cuantitativamente más invocado ante los tribunales en el proceso específico de protección de derechos fundamentales (acción de tutela). La jurisprudencia constitucional lo protege, por lo general, como un derecho por conexidad, esto es, como un derecho cuyo contenido sólo es invocable ante los jueces como fundamental, si el caso que origina el reclamo tiene algún riesgo para la vida o la integridad del afectado.

La estrecha relación que existe entre la salud y la calidad de vida han permitido, en efecto, que el argumento de “conexidad” arroje sus frutos más notorios en el tratamiento jurisprudencial de este derecho. No se requiere de enormes esfuerzos interpretativos para proponer y entender que una vulneración grave del derecho a la salud pone en riesgo la vida digna y la integridad física de quien la padece, a la vez que una vulneración leve de este bien jurídico puede no poner en riesgo los otros derechos mencionados.

Las líneas jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud pueden sistematizarse del siguiente modo:⁶⁵ en principio, la salud es un derecho prestacional⁶⁶ que se protege por las vías judiciales ordinarias y no mediante las garantías propias de los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando la afectación a la salud se encuentra ligada al derecho a la vida, a la integridad física o a la dignidad humana, la salud se convierte en “derecho fundamental por conexidad”. Ello permite deducir que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las empresas promotoras de salud pueden ordenarse por los jueces en un proceso de tutela, cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad.⁶⁷ Resulta de enorme interés el concepto de “derecho a la vida” al que alude la jurisprudencia constitucional, y con el cual se relaciona, por conexidad, el derecho a la salud. Se trata de garantizar una vida “en condiciones dignas” y no simplemente de resguardarse de “los peligros de muerte” o de “pérdida de una función orgánica”. La protección que deriva de la acción de tutela no se constriñe, en ese orden de ideas, a vulneraciones del derecho a la salud que pongan en riesgo de muerte a una persona, sino también a aquellas que vulneren o amenacen su “vida digna”.

65 Corte Constitucional, Sentencias T-976 de 2000, T-1035, T-1120, T-1217 y T-1305 de 2001; T-723, T-059 y T-615 de 2002, y T-494 y T-794 de 2003.

66 Corte Constitucional, Sentencias T-395/98, T-076/99 y T-231/99.

67 Corte Constitucional, Sentencia T-230/99.

El argumento de la conexidad también se utiliza para la protección constitucional del derecho a la seguridad social y del derecho al trabajo, y allí la relación se suele hacer con los derechos al mínimo vital o a la igualdad. Debe afirmarse, no obstante, que respecto del derecho al trabajo cada vez tiene mayor importancia para la jurisprudencia constitucional la regulación internacional del trabajo, dada la incorporación al bloque de constitucionalidad de los convenios internacionales del trabajo preferidos por la OIT que han sido ratificados por Colombia.

A la luz del análisis precedente, se puede inferir que la Corte Constitucional colombiana salva, mediante la argumentación por conexidad, una dificultad ideológica y técnica que ella misma propició, y en la que se encuentra inmersa desde sus fallos iniciales, consistente en considerar que no todos los derechos establecidos en la Constitución son fundamentales ni susceptibles de protección mediante la acción tutelar, sino que sólo unos de ellos participan de tal calidad y garantía. La argumentación por conexidad le permite proteger derechos que ella misma ha descartado, cuando las circunstancias del caso le indican que debe hacerlo.

En el mismo orden de ideas, es evidente que la argumentación por conexidad ha sido una vía relativamente pacífica para la protección judicial, en sede de tutela, de las obligaciones prestacionales derivadas de algunos derechos. La “conexidad” permite establecer una aparente frontera entre el contenido prestacional que sí se protege en la acción de tutela y aquel que debe invocarse en procesos judiciales ordinarios, o que no es susceptible de protección judicial. En otras palabras, mediante la argumentación “por conexidad” se puede proteger, en proceso de tutela, el “mínimo vital” de cada derecho constitucional. En ese sentido, la “conexidad” entre derechos puede verse también como una manifestación de la “conexidad” entre el Estado de derecho y el Estado social.

3. *Derechos culturales*

Bajo el rótulo de derechos culturales se expondrá, de acuerdo con la conceptualización sugerida por Kymlicka,⁶⁸ el régimen constitucional que tiende a proteger de modo diferenciado la identidad cultural de las comu-

68 Kymlicka, Will, *Multicultural citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, traducido al español por Castells Auleda, Carme, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

nidades étnicas minoritarias, de cara a la amenaza de desaparición frente al grupo dominante o mayoritario. Por tanto, lo que define a una prerrogativa como “derecho cultural” no es su titularidad, esto es, el que se trate de un derecho individual o colectivo, sino el bien jurídico que protege la diversidad cultural que se ve amenazada cuando una mayoría nacional puede absorber grupos diferenciados que conviven en el territorio del estado.⁶⁹

El punto de partida para el reconocimiento de los derechos culturales en Colombia es el artículo 7o. de la Constitución, que establece como principio constitucional el pluralismo étnico y cultural de la nación.⁷⁰ Los derechos culturales se encuentran un tanto dispersos en el articulado constitucional, pero en general se refieren a prerrogativas de autogobierno y de representación,⁷¹ y contienen disposiciones sobre autonomía política, conservación de sus territorios, cosmovisión y costumbres, así como circunscripciones electorales especiales. Como fuente internacional más destacada debe citarse el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Colombia en 1991, que se integra al bloque de constitucionalidad.

El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural está dirigido a tres tipos de culturas colombianas minoritarias: las comunidades indígenas, los afrocolombianos y los raizales (estos últimos son algunos de los habitantes de las islas colombianas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el mar Caribe).

En cuanto a las comunidades indígenas, la Constitución les otorga un cierto grado de autonomía administrativa, política y judicial. En materia de descentralización, el artículo 330 consagra esa autonomía, al disponer que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”. Sin embargo, los territorios indígenas, como entidades territoriales, aún no se han conformado en Colombia, por falta de desarrollo legal de la

69 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

70 Para apreciar el giro copernicano que esta consagración significa para el constitucionalismo colombiano, obsérvense las siguientes expresiones con las que leyes anteriores a la Constitución de 1991 se referían a los pueblos indígenas: “ciudadanos de clase media” (ley 11 de 1821), “bárbaros” (ley 153 de 1887), “salvajes”, “incipientes sociedades” (ley 89 de 1890).

71 Así clasifica Kymlicka los derechos culturales en general, véase *op. cit.*, nota 68, p. 60.

normatividad constitucional sobre ordenamiento territorial. Ahora bien, los territorios sobre los que están asentadas las comunidades indígenas tienen reconocimiento constitucional como propiedad colectiva no enajenable, imprescriptible e inembargable.

Se reconoce también el derecho a la participación de las comunidades indígenas en las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Así, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución señala que ésta debe llevarse a cabo “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”, y de modo que se asegure la participación de los representantes de las comunidades en las decisiones que se tomen, lo que ha permitido que se configure un derecho a la consulta previa, que puede invocarse como fundamental.⁷²

En relación con la autonomía judicial, el artículo 246 de la Constitución establece que: “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. La armonización de esta jurisdicción con la ordinaria no ha sido fácil, sobre todo en lo que se refiere al derecho penal. La Corte Constitucional ha elaborado criterios más o menos aceptados para la solución de conflictos de competencia entre las dos jurisdicciones, que tienen en cuenta aspectos como el lugar de ocurrencia del hecho, el lugar de residencia de la persona que comparece al proceso, el hecho de que la víctima sea indígena o no, el grado de asimilación de la cultura mayoritaria por el agresor, entre otros.⁷³ Otro aspecto interesante ha sido el de los límites a las sanciones que pueden imponer las autoridades indígenas, pues castigos como el “fuate” (látigo) parecieran atentar contra la dignidad humana y la integridad física; sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que esta figura simbólica de la Comunidad Indígena Páez no constituye tortura ni pena degradante.⁷⁴ En otras oportunidades el mis-

72 Sentencias de la Corte Constitucional C-891 de 2002, C-169 de 2001, C-801 de 2002, SU-383 de 2003 y C-620 de 2003.

73 Sentencias de la Corte Constitucional T-496 de 1996, T-344 de 1998, T-667A de 1998, T-934 de 1999, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-811 de 2004 y T-1238 de 2004.

74 Sentencia T-523 de 1997. También en la Sentencia T-254 de 1994 se consideró que la pena de destierro de la comunidad indígena era factible de imponer por sus autoridades,

mo tribunal ha limitado estas sanciones y ha manifestado, por ejemplo, que las penas que extienden sus efectos a la familia del agresor, que se podrían denominar colectivas, son contrarias a la Constitución, ya que “el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de esta jurisdicción especial”.⁷⁵

En cuanto a los derechos especiales de representación, la Constitución asegura la participación de representantes de las comunidades indígenas en el Poder Legislativo, mediante una circunscripción especial en el Senado de la República, de dos senadores (de un total de ciento dos miembros) y otra en la Cámara de Representantes.

Por otra parte, la Constitución consagra el derecho de las comunidades étnicas a que en el proceso de educación de sus miembros se respete y desarrolle su identidad cultural (etnoeducación), así como el derecho a la educación bilingüe para aquellas con tradiciones lingüísticas diferentes al castellano.

A diferencia de lo que ocurre con las comunidades indígenas, las comunidades afrocolombianas no gozan de los llamados derechos de autogobierno. El reconocimiento constitucional de las mismas, además de la etnoeducación, que es común a todos los grupos diferenciados, fue deferido por la Constitución a la ley (ley 70 de 1993), y se limita al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva sobre las tierras que hubieran venido ocupando en las zonas rurales ribereñas de los ríos de las cuencas del Océano Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción y a una circunscripción electoral especial para representación en la Cámara de Representantes.

Sobre las comunidades raizales, sólo una disposición constitucional las menciona de modo específico, para habilitar a la ley con el objetivo de establecer límites a los derechos de circulación y residencia del resto de los colombianos en las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Por lo tanto, este grupo cultural no tiene derechos de autogobierno de ningún tipo. En cuanto a los derechos especiales de representación, también están cobijados por la circunscripción especial para la Cámara de Representantes.

pues el destierro que está prohibido por la Constitución se refiere a la expulsión fuera del territorio del Estado.

⁷⁵ Sentencia T-254 de 1994.

El reconocimiento de la titularidad de derechos a favor de las comunidades étnicas en la Constitución de 1991 es muestra de la ampliación de la tradición liberal que ve al individuo como único sujeto de derechos. Ha operado, entonces, una transformación y ampliación de la categoría de sujeto, que la propia Corte Constitucional ha reconocido:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales... el reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.⁷⁶

De acuerdo con la propuesta de Kymlicka⁷⁷ y, en la doctrina colombiana, de Rodolfo Arango,⁷⁸ hay dos tipos de reivindicaciones que puede hacer una comunidad étnica o nacional: las restricciones internas y las protecciones externas. Estos dos tipos de reivindicaciones no siempre son distinguidas por los críticos del reconocimiento de los derechos culturales, lo cual lleva, en ocasiones, a críticas inconsistentes. En virtud de las restricciones internas se limita la libertad del individuo en nombre de los intereses del grupo, se busca el uso del poder estatal para restringir el poder de sus propios miembros en nombre de la solidaridad grupal. “Se teme que el multiculturalismo llevado a su extremo lógico pueda justificar que cada grupo étnico tenga autoridad para imponer sus propias tradiciones legales a sus miembros, aun cuando dichas tradiciones se contradigan con los derechos humanos básicos y con los principios constitucionales”.⁷⁹

Estas restricciones normalmente no son permisibles en los ordenamientos jurídicos modernos; por ello, en caso de conflicto los derechos del individuo tienen mayor peso jurídico que los derechos del grupo como un todo, porque el reconocimiento de los derechos culturales debe respetar los derechos fundamentales del individuo, ya que éste debe ser tomado como valor en sí mismo y no como medio útil a un fin. Pero esta

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 1993.

⁷⁷ Kymlicka, Will, *op. cit.*, nota 68, pp. 58 y ss.

⁷⁸ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 85 y ss.

⁷⁹ Kymlicka, *op. cit.*, nota 68, p. 65.

primacía es sólo *prima facie*, ya que las posiciones individuales pueden ser dejadas de lado o limitadas a favor de beneficios colectivos, pero para que ello suceda válidamente debe realizarse una justificación jurídica consistente. Un caso interesante, que se ha presentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es el de la libertad de cultos de los indígenas al interior de las comunidades: se ha privilegiado la libertad frente a la preservación de la cultura como meta colectiva.⁸⁰

En cuanto a las protecciones externas, éstas apuntan a la protección de la existencia y la identidad de grupos étnicos o nacionales mediante la limitación de las consecuencias de la aplicación de leyes generales. Éstas no amenazan los derechos de los individuos del grupo, sino que limitan los derechos de los otros miembros de la sociedad nacional, como consecuencia de la atribución de derechos colectivos; por esto el peligro que entrañan es la desigualdad. Estas protecciones son en principio permisibles y compatibles con una Constitución democrática, pues permiten poner en pie de igualdad al grupo minoritario vulnerable ante la mayoría.

4. *Derechos colectivos*

A pesar de que antes de la promulgación de la Constitución de 1991 ya existían en el Código Civil algunas disposiciones que ofrecían acciones judiciales especiales para proteger intereses colectivos, sólo hasta la expedición de la actual Constitución el asunto de los derechos colectivos adquirió la importancia que hoy tiene. Esta circunstancia se debe a que, además de la enumeración por la propia Constitución de algunos derechos de este tipo, se diseñó una garantía judicial específica para su protección, denominada “acción popular”; lo que ha permitido que la jurisprudencia los haya precisado y haya hecho efectivo su contenido.⁸¹

Entre los derechos colectivos enunciados por la Constitución están el ambiente sano, el espacio público, la moralidad administrativa, el patri-

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-1022 de 2001 y SU-510 de 1998.

⁸¹ Henao, Juan Carlos, “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?”, *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; Guayacán Ortiz, Juan Carlos, “Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica, moderna discusión dogmática y postmoderna aplicación práctica”, *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

monio público, la paz, la libre competencia económica, la seguridad, la salud pública, la conservación del patrimonio cultural, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, el derecho de los usuarios y consumidores a la calidad de los bienes y servicios, la prohibición de fabricar, importar, poseer y usar armas químicas, biológicas y nucleares; así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos. La enumeración no es taxativa, como quiera que se habilitó a la ley y a la jurisprudencia para incluir otros derechos colectivos. Es así como la ley 472 de 1998 agregó al anterior catálogo la defensa de los bienes de uso público, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, el derecho a la seguridad y prevención de desastres y el derecho a que la realización de construcciones urbanas respete las disposiciones jurídicas de manera ordenada y tenga como mira el beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

El titular de los derechos colectivos es “la colectividad”, es decir, un número plural de personas, sin importar su grado de determinación ni la organización formal de la misma. Ello ha traído consigo, como consecuencia obvia, algunas dificultades en materia de legitimación para actuar. Sin embargo, la ley sobre acciones populares establece que cualquier persona puede interponer demandas en nombre de la comunidad, a la vez que cuando se trata de pretensiones indemnizatorias dirigidas a una colectividad, la acción “de grupo” debe ser interpuesta por veinte personas, a lo menos.

Los derechos colectivos tienen naturaleza de derechos subjetivos, con un titular de carácter colectivo, que puede exigir de otra persona o del Estado una conducta jurídicamente protegida por un derecho. Esa conducta puede consistir en una abstención o una prestación.

5. Derechos políticos

La Constitución establece un sistema de participación democrática que combina las instituciones representativas con mecanismos de ejercicio directo de poder por parte de los ciudadanos. Son instituciones representativas el Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos municipales y las juntas administradoras locales, estas últimas existentes en aquellos municipios en los que, por disposición del

respectivo concejo municipal, se hayan creado comunas o corregimientos. Se eligen también por voto directo de los ciudadanos el presidente de la República, el vicepresidente, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales.

En cuanto a mecanismos de democracia semidirecta, la Constitución establece la posibilidad de convocatoria a plebiscitos, referendos, consultas populares y cabildos abiertos, así como la iniciativa legislativa popular y la posibilidad de revocatoria del mandato para los alcaldes y gobernadores. Asimismo, el Estado debe contribuir a la organización y promoción de diversas organizaciones no gubernamentales con objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.

Los partidos políticos tienen expreso reconocimiento constitucional y posibilidad de financiamiento estatal en sus actividades, así como de garantías para el ejercicio de la oposición.

El voto es universal, libre, directo y secreto. En las elecciones de instituciones representativas se aplica el sistema electoral de cifra repartidora, inspirado en el método D'Hondt. Para las elecciones de gobernadores y alcaldes se aplica el sistema de mayoría simple, y para las presidenciales el de mayoría absoluta, a dos vueltas, si ello se hace necesario. La edad mínima para votar es en la actualidad de 18 años y puede ser modificada mediante una simple ley. Para la organización de las elecciones y de los escrutinios existe una organización electoral independiente de las restantes ramas del poder, integrada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría General de la Nación.

Todo lo anterior es desarrollo del principio constitucional establecido en el artículo 1o., según el cual Colombia es una República “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana” (artículo 1o.), y la soberanía reside en el pueblo, el cual la ejerce “en los términos que la Constitución establece” (artículo 3o). Por ello, la lectura constitucional de las libertades políticas, más que una enunciación de los derechos directamente relacionados con la participación en la vida colectiva, debe dirigirse a dotar de una estructura democrática a todos los derechos fundamentales, y en consecuencia, a la interpretación de todo el contexto constitucional, de tal forma que se haga posible la participación en la vida política, económica, social y cultural de todos los ciudadanos. Es indudable que las personas no viven sólo de democracia, y que sus li-

bertades no deben ser instrumentalizadas exclusivamente al servicio de la democracia. Pero ellas tienen, desde luego, *también* una función democrática adscrita, como lo ha hecho notar, en otras latitudes, Peter Häberle.

Ahora bien, la Constitución colombiana de 1991, así como varias de sus homólogas expedidas o reformadas por esos años, recogieron reacciones de la opinión pública en contra de las castas políticas tradicionales, que se consideraban anquilosadas, corruptas e ineficientes, y por sobre todo, a las que se acusaba de no representar más que a los intereses de un pequeño grupo dominante de la sociedad. Frente a ello, el *remedio* constitucional de finales del siglo XX fue, invariablemente, la consagración de mecanismos de democracia semidirecta. En el caso colombiano, como se anotó, se incorporaron al repertorio constitucional el referéndum (abrogatorio y derogatorio), el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa popular legislativa y la revocatoria del mandato de las autoridades locales y regionales. Instituciones semejantes se encuentran en la Constitución brasileña de 1988, en la reforma constitucional argentina de 1994, en las Constituciones ecuatoriana y peruana de 1993 y en la venezolana de 1999. Poco más de diez años después de puesta en vigencia la Constitución, la democracia participativa o semidirecta había sufrido un notable proceso de desencanto, lo cual determinó una importante reforma constitucional, introducida en el año 2003, que tiende a fortalecer la democracia representativa mediante la apuesta por un sistema de partidos políticos más sólido y competitivo, la disciplina partidista y parlamentaria, un retoque al sistema electoral y el endurecimiento de las sanciones por financiación ilegal de los partidos y las candidaturas. Por su parte, los mecanismos de participación semidirecta, apenas utilizados a escala nacional en un fallido referendo constitucional convocado en octubre de 2003, permanecen en la letra de la Constitución y de la ley, pero no han sido apropiados por los ciudadanos.

6. *Mecanismos de protección de los derechos fundamentales*

El cuadro de garantías de los derechos fundamentales abarca por igual mecanismos ya tradicionales, como la rigidez constitucional, el *habeas corpus*, el acceso popular a la justicia constitucional, así como mecanismos judiciales novedosos en el ordenamiento colombiano que permiten

aplicar directamente la mayor parte de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales.

A. *Garantías no judiciales*

Fuerza coactiva. Según la consagración constitucional, los preceptos sobre derechos fundamentales vinculan a todas las autoridades públicas (artículos 2o., 6o. y 91) y salvo disposición constitucional expresa en sentido contrario, son de aplicación inmediata. Existe responsabilidad personal de todos los funcionarios por vulneración de los derechos fundamentales, así como responsabilidad patrimonial del Estado frente a las víctimas, por la conducta antijurídica de sus agentes.

Reserva de ley. Las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección sólo pueden ser desarrollados mediante ley estatutaria, esto es, mediante una modalidad de leyes especiales (afines a las leyes orgánicas del ordenamiento español), cuyas principales características diferenciales respecto de las ordinarias son las siguientes: trámite parlamentario dentro de un mismo periodo anual de sesiones, aprobación por mayoría cualificada y control previo de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.⁸²

Especial rigidez constitucional. Aunque el procedimiento de reforma de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales no difiere de la regla general sobre reforma de la Constitución, el artículo 377 dispone que las reformas sobre la materia introducidas por el Congreso (también puede reformarse la Constitución por una asamblea constituyente o mediante votación popular directa) deben someterse a referendium si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a su promulgación, el 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el poder de reforma constitucional es diferente al de “sustitución” de la Constitución y que el constituyente derivado encuentra el límite a su atribución de reforma, precisamente, en que no puede sustituir el régimen básico de libertades establecido en la Constitución.

Por otro lado, la Constitución establece que los derechos fundamentales no pueden suspenderse en los estados de excepción, y que los decre-

82 Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 106 y ss.

tos expedidos en virtud de esos estados de excepción tienen control automático de constitucionalidad.

Defensor del pueblo. Con la finalidad específica de promoción de los derechos fundamentales, la Constitución introdujo la figura del defensor del pueblo, con atribuciones de divulgación, investigación y denuncia, así como iniciativa legislativa en materia de derechos fundamentales, y facultad de interponer acciones judiciales, en interés general o particular, para su defensa.

B. *Garantías judiciales*

En este ámbito, debe mencionarse, en primer lugar, la garantía genérica de tutela judicial de los derechos mediante los procedimientos judiciales ordinarios (derecho de acceso a la administración de justicia, garantías del debido proceso) consagrada en los artículos 229, 29 y 31 de la Constitución, y desarrollada, en general, en los diversos códigos de procedimientos judiciales.

El panorama de garantías judiciales de los derechos fundamentales se completa, no obstante, con las siguientes acciones, todas ellas de consagración constitucional: *habeas corpus*, acción de tutela, acciones populares, acción y excepción de inconstitucionalidad, acción de cumplimiento.⁸³

a. *Habeas corpus*

Este recurso le permite a toda persona acudir ante una autoridad judicial con la finalidad de que se decida la legalidad o arbitrariedad de su arresto, prisión o detención y, en consecuencia, solicitar la liberación si el arresto o detención fueron ilegales. El *habeas corpus* debe ser resuelto en el término improrrogable de treinta y seis horas y procede en contra de la detención decretada por un juez o tribunal, y asimismo puede interponerse cuando se incumplan los requisitos de la *detención administrativa*, es decir, aquella decidida por autoridades policiales, y que se caracteriza por la ausencia de cargos o sindicaciones penales, como ocurre en los casos de flagrancia, o cuando no es conducida de modo inmediato ante un juez.⁸⁴

⁸³ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-24 de 1994.

Igualmente, el *habeas corpus* constituye uno de los medios más importantes para combatir la desaparición forzada de personas y las torturas o tratos crueles e inhumanos cometidos durante la privación de la libertad. Con ello se pone de relieve que esta garantía no es sólo un mecanismo tutelar de la libertad personal, sino también de la vida y la integridad personal.⁸⁵

Es preciso resaltar dos aspectos fundamentales que caracterizan el *habeas corpus* en el ordenamiento colombiano: 1) la amplia legitimación activa reconocida a esta acción, en la medida en que permite a terceros demandar el control de la detención a pesar de que no se cuente con autorización de la persona privada de la libertad; y 2) la especial importancia que adquiere el principio de celeridad, pues la prontitud exigida a la autoridad que decide el recurso es incluso mayor que la requerida al juez en la acción de tutela.

b. Acción y excepción de inconstitucionalidad

Estas figuras cuentan con amplia trayectoria en el constitucionalismo colombiano.⁸⁶ La acción popular de inconstitucionalidad, en su versión de 1991, tiene desarrollo legislativo y tratamiento jurisprudencial. En virtud suya, cualquier ciudadano puede solicitar de la Corte Constitucional la declaración de inconstitucionalidad, con efectos generales, de las leyes o decretos con fuerza de ley contrarios a la Constitución. La acción se dirige con frecuencia contra leyes que contrarían disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. Similar acción (denominada de nulidad) existe sobre los demás instrumentos jurídicos (actos administrativos), aunque en estos casos se ejerce ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La denominada “excepción” de inconstitucionalidad, por su parte, consiste en la posibilidad de solicitar la aplicación preferente de una norma constitucional, frente a otra de rango inferior que la contraría. Se trata de una modalidad de control cercana al sistema norteamer-

85 Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2001.

86 Grant, James, *El control judicial de constitucionalidad, una contribución de las américas al derecho constitucional*, México, UNAM, 1963; Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas Constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982; Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

ricano de control difuso de constitucionalidad, con efectos restringidos al caso concreto.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, cabe mencionar que las atribuciones de la Corte Constitucional en relación con el control abstracto de constitucionalidad se ejercen a partir de dos mecanismos principales: las demandas presentadas por ciudadanos, y el control de oficio sobre algunas leyes y decretos con fuerza de ley. El control oficioso, a su vez, es previo en unos casos y posterior en otros. Un cuadro general del marco de competencias del alto tribunal en esta materia puede presentarse así:

- La Corte decide sobre las demandas de inconstitucionalidad que presente cualquier ciudadano contra las leyes o decretos con fuerza de ley, ya sea por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación. En este último evento, la acción caduca al año de publicada la norma.
- La Corte revisa de oficio la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional en cualquiera de los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, ecológica o social). En estos procesos puede intervenir cualquier ciudadano.
- Con antelación a su entrada en vigencia, la Corte se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes denominadas “estatutarias”, es decir, aquellas que versan sobre derechos fundamentales y garantías, partidos políticos, mecanismos de participación democrática, administración de justicia, estados de excepción y participación en las elecciones presidenciales. En estos procesos también puede intervenir cualquier ciudadano.
- Cuando el gobierno nacional ha objetado un proyecto de ley aprobado por el Congreso, por considerarlo inconstitucional, y el órgano parlamentario ha insistido en su aprobación, la Corte Constitucional decide en definitiva, y de oficio, si el proyecto es constitucional o no.
- Además del control sobre la legislación interna, la Corte, de oficio, revisa la constitucionalidad de los tratados internacionales que haya celebrado el gobierno nacional y aprobado el Congreso de la República, con antelación a su ratificación y respectivo canje de notas. Si la Corte declara la inconstitucionalidad del tratado, no es posible su ratificación por el Estado colombiano.

- La Corte tiene atribución, también, para decidir sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República, por vicios de procedimiento en su formación, previa demanda de algún ciudadano. Asimismo, en los casos de convocatoria a referéndum o de asamblea constituyente para reformar la Constitución, la Corte controla de oficio, con antelación al pronunciamiento popular, la constitucionalidad de la convocatoria.
- Por último, la Corte controla la constitucionalidad de los referendos, consultas populares y plebiscitos del orden nacional.

Para hacer un balance de la actividad de la Corte en ejercicio de estas atribuciones, es conveniente servirse de los siguientes datos: desde su entrada en funcionamiento hasta mediados del año 2004, la Corte profirió alrededor de 3,500 sentencias de constitucionalidad. Una cifra cercana al 90% de ellas, a consecuencia de acciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos. Las sentencias fruto de control oficioso abarcan alrededor del 10% restante.

En su labor de control a partir de demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos, puede afirmarse que la Corte ha sido, en términos generales, prudente y respetuosa del legislador, aunque no ha vacilado en afirmar el carácter supremo de la Constitución frente a leyes que contraríen su texto o los principios en que está fundado el Estado social y democrático de derecho, y, por supuesto, ha incurrido en algunas inconsistencias y ha proferido sentencias que han suscitado enorme controversia. Cabe resaltar que la Corte no se limita a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas examinadas, sino que emplea con frecuencia la técnica de modular los efectos de los fallos o de manipular el texto normativo juzgado, de modo que profiere sentencias que declaran, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una posible interpretación de la ley, o bien alteran el texto normativo, mediante supresiones o adiciones, de modo que se superen así problemas de inconstitucionalidad que puede contener la ley, en especial por el potencial discriminatorio que puede derivarse cuando la regulación se considera incompleta.⁸⁷

⁸⁷ Lozano Villegas, Germán, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional, con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho, el caso colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Solano

Por último, se constata que no existe un método de interpretación constitucional que se haya consolidado por la jurisprudencia. La Corte acude en ocasiones a sistemas tradicionales, en otras hace uso de la interpretación de los valores constitucionales, o se sirve de pautas interpretativas de origen estadounidense como la concepción procedimental de la Constitución, o utiliza técnicas analíticas de ponderación más o menos cercanas a las propuestas por la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Por supuesto, en ocasiones mezcla todo lo anterior.

El control de constitucionalidad de las leyes se utiliza con frecuencia por los ciudadanos como un mecanismo de impugnación con miras a la protección de sus derechos fundamentales. Esa característica constituye un argumento sólido para sostener, respaldar y fortalecer la figura de la acción pública de inconstitucionalidad.

c. Acción de tutela⁸⁸

Esta acción, emparentada con la *Verfassungsbeschwerde* alemana, el recurso de amparo español y el *writ of certiorari* norteamericano, consiste en un procedimiento judicial breve y sencillo, por medio del cual puede solicitarse la protección directa de los derechos fundamentales ante su vulneración por parte de las autoridades, o de los particulares, en determinados casos. Está consagrada en el artículo 86 de la Constitución, ha sido desarrollada mediante el decreto-ley 2591/1991, y ha sido fuente de un considerable acervo jurisprudencial de interpretación de los derechos fundamentales.

Sus principales características procesales, que vienen dadas desde la propia conformación constitucional, apuntan al fácil acceso, el antiformalismo, la prevalencia del derecho sustancial sobre las cuestiones de procedimiento, y enmarcan la acción dentro de la justicia constitucional mediante un peculiar sistema de revisión de los fallos de instancia en la Corte Constitucional.

Así, toda persona que se sienta afectada en sus derechos fundamentales puede acudir ante cualquier juez del lugar en que ocurra la violación

González, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁸⁸ Osuna Patiño, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

mediante petición escrita o verbal, sin necesidad de asesoría jurídica profesional, para que en un lapso no superior a diez días, luego de determinadas etapas procesales garantizadoras del derecho de defensa, dicho juez, mediante sentencia, proceda a tutelar el derecho vulnerado, si a ello hay lugar. El fallo es susceptible de apelación ante el respectivo jerárquico. Todos los fallos definitivos se remiten de oficio ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Aunque no existe la posibilidad de los particulares de recurrir ante la Corte Constitucional en sede de tutela, todos los fallos definitivos se remiten de oficio al alto tribunal, para que de entre ellos seleccione algunos y los someta a revisión, en la cual puede revocarlos, modificarlos o confirmarlos, y ordenar lo que considere conveniente para proteger el derecho fundamental en el caso concreto. No obstante la imposibilidad de demandar un pronunciamiento de la Corte en un determinado caso de tutela, la revisión de las sentencias en el alto tribunal participa de una doble finalidad: por un lado, se trata de proteger derechos fundamentales cuya violación persiste a pesar de las instancias procesales; por el otro, es el instrumento a través del cual la Corte asume su papel de intérprete suprema de los derechos fundamentales.

La proximidad al tercer lustro de funcionamiento de la acción de tutela colombiana permite avanzar las siguientes reflexiones sobre este mecanismo procesal que se convirtió en la institución estelar del constitucionalismo colombiano contemporáneo. Dicho ello sin ningún triunfalismo: el déficit de efectividad de los derechos fundamentales en Colombia es aún sobrecogedor, y su superación probablemente no se encuentra en una mejor configuración de la acción de tutela ni en una jurisprudencia más cuidadosa de los derechos y libertades ciudadanos. La dignidad de los colombianos requiere y reclama, desde su profundo abatimiento, mucho más que la revisión de una institución procesal que probablemente ha dado lo mejor que podía esperarse de ella en un panorama nada propicio para el florecimiento de la libertad.

1) La supletoriedad

El precepto constitucional que establece la acción de tutela (artículo 86) dispone que la misma “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Así, ante la vulneración o amenaza

za de un derecho fundamental, la persona legitimada para solicitar su protección debe verificar si existe algún cauce procesal en que tal situación pueda ser dirimida (cualquiera de los procesos civiles, laborales, contencioso administrativos, etcétera, que las leyes consagran), sólo en cuanto no encuentre allí un medio de defensa para su derecho puede acudir a la acción de tutela. Como excepción a la regla, la propia Constitución permite iniciar el proceso de tutela a pesar de la existencia de otros medios judiciales de defensa, cuando se acude al mismo como “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En tales casos la acción de tutela no es supletoria, sino principal. Esta excepción, no obstante, es de amplísima invocación en la práctica bajo el argumento sencillo pero cierto según el cual se producirían “perjuicios irremediables” en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano afectado, por el simple transcurso del tiempo de duración promedio de los procesos judiciales ordinarios, así como por la necesidad de dar “protección inmediata” a un derecho fundamental, aunque se difiera para otro proceso, y para otra época, la resolución sobre el fondo del asunto que originó su vulneración.

En cuanto a la regla general de supletoriedad señalada, se tiene que un examen puramente formal sobre la existencia de otros medios judiciales de defensa permitiría deducir la improcedencia de la acción de tutela, en la casi totalidad de los casos, como quiera que sólo ante las muy escasas lagunas del ordenamiento procesal podría afirmarse, en abstracto, que no existe un medio judicial en el cual pueda ventilarse un conflicto de derechos fundamentales. Se trataría, así las cosas, de una acción meramente residual.

Sin embargo, desde el propio instrumento de desarrollo legal de la tutela (D.L. 2591/1991) se señaló una pauta diferente, que ha sido vigorosamente acogida por la jurisprudencia constitucional para articular la procedencia de la acción de tutela en relación con los demás procesos judiciales. Se estableció allí que “La existencia de dichos medios los procesos judiciales ordinarios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. No se hace improcedente la tutela, pues, por la sola existencia de un mecanismo procesal por medio del cual pudiera protegerse el derecho. Además de su consagración formal en el ordenamiento, el mecanismo judicial *principal* debe ser efectivo para la protección del derecho fundamental vulnerado y esa efectividad o eficacia se aprecia en concreto.

En criterio de la Corte Constitucional la efectividad de los medios judiciales ordinarios de defensa debe medirse en cuanto a su capacidad para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. La celeridad y sencillez de tales cauces procesales son, así, los principales factores que permiten establecer si ha de acudir a ellos o a la acción de tutela. La sencillez del medio judicial se determina según la complejidad del procedimiento y las limitaciones de orden práctico que ello suponga para que el afectado pueda tener posibilidades reales de iniciar y mantener la correspondiente acción, atendidas sus condiciones económicas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encuentre. La celeridad, por su parte, está relacionada con la duración del proceso y el efecto que el tiempo pueda tener sobre la verificación de la amenaza o los perjuicios de la lesión. La combinación entre sencillez y celeridad determina, en cada caso concreto, la efectividad del proceso judicial principal, lo que permite saber si resulta procedente o improcedente acudir ante la acción *subsidiaria* de tutela.

No se oculta que con esta doctrina, en la práctica, la tutela deviene en la mayoría de los casos el proceso principal para la protección de los derechos fundamentales, como quiera que ningún otro trámite procesal, salvo el *habeas corpus*, es tan sencillo y rápido como ésta. Por otra parte, la línea jurisprudencial según la cual la tutela procede, aunque exista otro medio de defensa judicial, cuando están en peligro derechos como el mínimo vital o la subsistencia (derechos que, por lo demás, son de configuración jurisprudencial), tiende también a tornar en *principal* la acción de tutela en los litigios derivados de las relaciones laborales.

Se observa, entonces, que el carácter “residual”, “supletorio”, “subsidiario” y “transitorio” al que se refiere la doctrina y al que formalmente le rinde tributo también la jurisprudencia, se traduce, en la práctica, en la utilización del proceso judicial más efectivo para la protección de un derecho fundamental, a lo que se procede mediante un examen de las características de los varios procedimientos que en principio aparecen como pertinentes, atendidas las circunstancias del caso concreto. A la acción de tutela se acude sólo cuando no existe un remedio procesal más expedito, pero ello ocurre en la mayor parte de los casos.

Es evidente que lo que está en juego no es un simple formalismo procesal, sino el mandato constitucional de protección reforzada de los derechos fundamentales y la preeminencia de la Corte Constitucional como tribunal supremo de tales derechos, toda vez que un criterio más estricto

en materia de subsidiariedad restringiría el campo de la acción de tutela, único en el cual la Corte Constitucional tiene la posibilidad de pronunciarse con posterioridad a las instancias.

2) Los titulares y los obligados

Que los derechos fundamentales no agotan su radio de acción hoy en día, en la relación lineal entre ciudadanos, como sujetos activos, y Estado, como pasivo, constituye afirmación que encuentra amplio soporte en el estado actual de la doctrina constitucional, y que asimismo viene abriéndose camino práctico en las diversas instituciones jurídicas sustanciales y procesales que regulan las esferas objetivas de vida en libertad en las que encuentran desarrollo institucional los derechos fundamentales. No es extraño, por tanto, que la propia Constitución haya establecido la procedencia de la acción de tutela frente a actos de particulares.⁸⁹ Debe llamarse la atención, por el contrario, sobre una perniciosa línea jurisprudencial que concede titularidad activa de derechos fundamentales al Estado, y por tanto le permite actuar como demandante en procesos de tutela.

En cuanto a lo primero, se tiene que los criterios que determinan los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares apuntan hacia los eventos de funciones públicas asumidas por éstos y hacia la posición de superioridad que en el entramado social pueden tener unos sobre otros. Sobre este último punto, es evidente que son las circunstancias que enmarcan cada caso en concreto las que permiten inferir si se presenta subordinación o indefensión de quien invoca la tutela frente al agresor. Se conserva así la naturaleza esencial del régimen de los derechos fundamentales, como lo es la protección de los ciudadanos frente a los detentadores del poder. Ya no sólo frente al poder público, ahora también frente a los poderes privados.

La jurisprudencia en esta materia se resiente en algunas ocasiones, no obstante, de una minusvaloración de la autonomía privada, con olvido de que dicha autonomía no sólo es uno de los derechos fundamentales en juego cuando se trata de relaciones entre particulares, sino que ella misma es fundamento de todo el sistema constitucional de libertades. Es recomendable, en tal orden de ideas, un mayor esmero de la Corte Constitucional en la delimitación de los límites a la intromisión del Estado en las

89 Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos...*, cit., nota 31, pp. 244 y ss.

relaciones entre particulares, así esa intervención tenga el noble rótulo de “protección de los derechos fundamentales”, pues no debe olvidarse que la jurisprudencia es, también, una intervención de autoridad pública, y que las bases del sistema de dignidad y autonomía pueden resquebrajarse con una desmedida intervención de la autoridad en las esferas personales de libertad.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad del Estado de actuar como demandante en procesos de tutela, es menester afirmar con rotundidad que dicha línea jurisprudencial repugna a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, así como a la noción y estructura del Estado constitucional. Los derechos fundamentales son, desde los orígenes del constitucionalismo, prerrogativas y ventajas de los ciudadanos frente al Estado, que sirven de fundamento a la convivencia política y que en conjunto conforman su *status* de libertad y de ciudadanía. Al ente de autoridad le corresponde en materia de derechos fundamentales el papel de sujeto pasivo, obligado a su respeto y a su cumplimiento, ya sea por medio de la abstención en las esferas de libertad individual, de la prestación de servicios, de la organización de procedimientos, de la creación de instituciones, o hasta por medio de la subvención directa de algunos bienes básicos. Todo ello en beneficio de los ciudadanos titulares. Pero el Estado no es, jamás, titular de derechos, y mucho menos de derechos fundamentales. Constituye un despropósito considerar al Estado como *sujeto de libertad*.

Así pues, en armonía con la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, la acción de tutela es una garantía de libertad de los ciudadanos frente al Estado, o frente a otros sujetos de poder, diseñada en clave de intereses individuales, y no una herramienta jurídica de preservación de la legalidad ni de los intereses generales, ni del orden público, asuntos éstos que corresponden, ellos sí, a las potestades, deberes y atribuciones del Estado. Los derechos fundamentales son por su esencia “contramayoritarios”, es decir, dan cauce a las legítimas pretensiones particulares frente a los excesos de los mencionados *intereses generales*, de los que son voceros las autoridades públicas.

No obstante lo anterior, puede apreciarse una tendencia jurisprudencial y doctrinal, no exclusiva del ámbito colombiano, que concede legitimación activa a ciertas entidades públicas, o en algunos casos a todas ellas en los procesos de protección específica de derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional española, por ejemplo, admite que las entidades públicas pueden recurrir en amparo para la protección de su

derecho a la tutela judicial efectiva. En Alemania también se acepta, jurisprudencial y doctrinalmente, que las entidades públicas con reconocimiento constitucional de autonomía puedan hacer valer tal prerrogativa, por medio del recurso constitucional cuando ella haya sido conculcada por otras instancias estatales. En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado la legitimación de entidades estatales en materia de tutela, principalmente por vulneración del debido proceso, así como la capacidad de las entidades territoriales y otros órganos públicos dotados de autonomía constitucional para solicitar la protección de su derecho fundamental a la autonomía, por medio de esta acción. La más temprana doctrina también admitía, sin sugerir ninguna restricción, la posibilidad de cualquier ente estatal para instaurar acciones de tutela, incluso contra los particulares.⁹⁰

Tal generalidad y apertura del régimen de legitimación hacia las entidades estatales trae graves consecuencias de desnaturalización de la figura procesal y del propio régimen de los derechos fundamentales, no solo por las razones sustanciales anteriormente anotadas, sino también a causa del desmedido gusto estatalista de un amplio sector de la judicatura colombiana y de la posibilidad, establecida en la propia Constitución, de dirigir las demandas de tutela directamente contra particulares.

Es así como una incursión selectiva en el repertorio jurisprudencial sobre legitimación de entidades públicas, en materia de tutela, permite encontrar casos como el de una acción interpuesta por un municipio con miras a obtener el pago de un impuesto por parte de un contratista particular, o de un establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa con miras a obtener la revocatoria de una sentencia que había declarado la filiación de un menor de edad en cabeza de un miembro fallecido de las fuerzas armadas, de la Procuraduría General de la Nación contra el Consejo Superior de la Judicatura con miras a la solución de un conflicto de competencias, o del Ministerio del Trabajo contra unos pensionados para la disminución de sus mesadas.

En todos se invocó por las entidades demandantes el derecho al debido proceso. Dada la capacidad procesal del Estado tanto para demandar como para ser demandado, y el obvio respeto de las formas y garantías procesales para todo sujeto que comparece en un proceso, sin distingo por su carácter de persona pública o privada, pareciera no requerir mayor esfuerzo interpretativo la concesión de titularidad del derecho al debido

90 Charry, Juan Manuel, pp. 115 y ss.

proceso para las entidades de derecho público. No obstante, cabe preguntarse si estas garantías cualitativamente tienen el mismo significado cuando quien comparece ante un estrado judicial es un particular o una autoridad. En otros términos, parece dudoso que las garantías procesales sean siempre derechos fundamentales, aunque se apliquen respecto de alguien que no es persona particular individual ni colectiva, esto es, que las garantías procesales confieran por sí mismas *status* de titular de derechos a quien por definición constitucional no lo es.

Asimismo, es pertinente poner de presente el carácter puramente instrumental del derecho al debido proceso, vale decir, su carácter de *garantía* de otros derechos, aquéllos sí sustanciales, y su carencia de contenido sustancial propio. El contenido del derecho al debido proceso no es la concreción de un ámbito de libertad material, sino un medio para la satisfacción de un fin constitucionalmente protegido, cual es la efectividad en el ejercicio de los derechos sustanciales por parte de sus titulares. Es así como el interés de quien solicita la protección de su derecho al debido proceso no se agota en la mera corrección del procedimiento judicial, sino que solicita la tutela porque tiene la expectativa y el derecho a que, por medio de una actuación procesal ajustada a las exigencias constitucionales, se protejan sus derechos sustanciales de manera efectiva.

En tal orden de ideas, el juez de tutela bien podría analizar, cuando se invoca el derecho al debido proceso, si quien lo alega es titular de algún derecho fundamental *sustancial* que haya sido objeto de discusión en el proceso cuyas garantías han sido violadas. Bajo esta consideración, que encuentra respaldo constitucional en el enunciado del artículo 228, según el cual en las actuaciones de los jueces “prevalecerá el derecho sustancial”, podría corregirse la línea jurisprudencial que, bajo la invocación del derecho al debido proceso, permite a las entidades estatales utilizar la acción de tutela sin ser titulares de derechos fundamentales. Se evitaría así el riesgo de que la garantía constitucional se convierta en mecanismo de solución de conflictos de competencias entre autoridades o en herramienta de preservación de los intereses generales, fines para los cuales definitivamente no está destinada. La combinación de las dos líneas jurisprudenciales objeto de esta última reflexión arroja una imagen terrorífica de la cual debe preservarse la tutela en los años venideros: acciones interpuestas por el Estado, contra un ciudadano, para la protección, por ejemplo, del orden público. Ésa es una auténtica degeneración de la mejor garantía que han tenido los colombianos para la defensa de sus dere-

chos fundamentales, y frente a ella la doctrina bien haría en enfilear sus baterías argumentativas.

3) Su naturaleza mestiza

Una breve incursión en el *iter* de la acción de tutela permite apreciar la tensión que existió en el seno de la Asamblea Constituyente entre dos modelos diversos de protección especial de derechos fundamentales, que la terminaron refundiéndose en la acción de tutela. El primero de ellos estaba contenido en el proyecto de Constitución presentado por el gobierno nacional de entonces, y consistía, *grosso modo*, en una adaptación de los procesos *tipo amparo*, con inocultada cercanía al modelo español. El punto de inflexión de esta propuesta se encontraba, por tanto, en la articulación de un recurso ante la Corte Constitucional, que permitiera a este órgano judicial producir una jurisprudencia que, además de aplicarse al caso concreto, irradiara un cuerpo de doctrina vinculante en la materia a efectos de su aplicación en ulteriores casos análogos por los jueces y tribunales, y que a la vez fuera conformando un conjunto de principios de interpretación de los derechos fundamentales, dirigido a los demás poderes públicos y a la sociedad en general. Tal propuesta conectaba también con ciertos aspectos de la tradición jurídica estadounidense en materia de protección de los derechos civiles.

Por contrapartida, algunos diputados de partidos políticos conservadores presentaron un proyecto que contenía, desde su origen, la denominación de “acción de tutela”, y que consistía en una institución procesal de enorme agilidad, pocas formalidades, fácil acceso y carácter residual, con una instancia final de revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa. La figura no sólo descartaba la intervención de la Corte Constitucional en la materia, sino que su dimensión era ciertamente mucho más limitada que la del proyecto gubernamental de amparo. Se trataba de un mecanismo de naturaleza cautelar, con formalismos procesales semejantes a los del *habeas corpus*, dirigido a la protección de los derechos fundamentales en casos de urgencia manifiesta.

La fórmula de compromiso a la que se llegó consistió en la aprobación del proyecto de acción de tutela, pero con la asimilación de esta figura al propósito gubernamental, compartido por otros partidos políticos, de crear una institución procesal que permitiera a la Corte Constitucional asumir también en materia de derechos fundamentales su función de in-

térprete y garante suprema de la Constitución. En otros términos, se llegó a la decisión de aprovechar el procedimiento ágil, sencillo y de talle humanitario contenido en la propuesta de tutela, para edificar sobre ella la versión colombiana de jurisdicción constitucional de la libertad. La composición de la figura se completó con su desarrollo legal, cuando se estableció, con fuerte inspiración en el *certiorari* norteamericano, que la Corte Constitucional podría seleccionar discrecionalmente, sin petición de parte, los casos que sometería a su revisión. Se combinaron así en el diseño de la acción, criterios y técnicas de instituciones diversas y provenientes de familias jurídicas distintas, lo cual no dejaba de resultar ciertamente heterodoxo.

La tutela, en consecuencia, tiene fisonomía mestiza, como la sociedad que la creó. La agilidad y la informalidad que se adoptó es hoy ejemplo no sólo para los demás procedimientos judiciales nacionales, sino también para los *amparos* de otras latitudes, que permanecen todos aún sumergidos en la pureza del ritualismo procesal. La evidencia de que complejos problemas jurídicos, de relieve constitucional, pueden ser resueltos por el juez en apenas diez días, es tal vez el efecto visible más elocuente de esa combinación de criterios. También es fruto del mestizaje el relieve institucional que ha ido adquiriendo la figura, a partir de esa mezcla entre herramienta de fácil acceso por los ciudadanos y revisión de los fallos por el vértice del Poder Judicial, que ha permitido que los *microderechos de la cotidianidad*, así como los derechos de los que hablan en voz baja, lleguen al escenario de la Corte Constitucional, lo cual no había ocurrido con anterioridad. La figura ha contribuido así a remozar el sentimiento constitucional de los colombianos, y constituye uno de los pocos baluartes de vida civil que ha germinado en estos años horribles en los que le correspondió entrar en vigencia a la Constitución.⁹¹

4) El derecho jurisprudencial

El mestizaje de la acción ha venido arrojando otro fruto, este sí de enorme controversia, ya que afecta los propios cimientos del sistema jurídico colombiano, así como el reparto tradicional de funciones entre los poderes en un Estado constitucional y democrático. Se trata del lugar que

91 En este sentido, Correa Henao, Magdalena, “Los efectos de la acción de tutela”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 3, diciembre de 1997.

ocupa la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, o, en otros términos, de la creación judicial de derecho.⁹²

En efecto, por definición, la actividad judicial en un sistema jurídico de filiación romano-germánica como el colombiano está referida a la solución jurídica de casos concretos, sin que le corresponda, en principio, el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ninguna rama del ordenamiento ni en ninguno de los ámbitos en que se desarrolla la vida social, funciones que corresponden al legislador y al Ejecutivo. Por tanto, más allá de la consecuencia que deriva del hecho de que en virtud de los remedios procesales puede restablecerse, caso por caso, la plena efectividad del derecho, difícilmente encaja con la naturaleza de los procesos judiciales cualquier extensión de sus efectos más allá del cumplimiento obligatorio del fallo para las partes.

Pero dadas las funciones, naturaleza, jerarquía y relieve institucional de la Corte Constitucional, así como la configuración de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y ciertas peculiaridades de la vida institucional colombiana en estos años inaugurales del ordenamiento constitucional, las anteriores consideraciones se han visto desplazadas a un segundo plano, y la jurisprudencia de tutela ha asumido un rol protagónico en la delineación del régimen jurídico vigente de los derechos fundamentales.

En cuanto al órgano del que emana la jurisprudencia, es evidente que una jurisprudencia afincada y suficientemente conocida, emanada de un tribunal que se sitúa en la cúspide de la administración de justicia, está llamada a tener, con independencia del valor que los textos positivos otorguen a las respectivas sentencias, importantes efectos de armonización de los criterios judiciales en la interpretación del derecho, y asimismo, a impregnar la convivencia social con las pautas de conducta cívica allí establecidas, lo cual coloca a la institución que la elabora en un papel más cercano a la creación de derecho que a la mera aplicación del mismo. Por lo demás, la selección discrecional de los casos de tutela por parte de la Corte Constitucional es una formidable herramienta para producir una jurisprudencia que apunta mucho más a la mejora objetiva del régimen de los derechos fundamentales, es decir, a la creación de dere-

92 López Medina, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, Ediciones Uniandes, 2000.

cho, que a la protección subjetiva de los derechos de los ciudadanos involucrados en los litigios concretos.

A ello se suma que el *material jurídico* sobre el que versa la jurisprudencia de derechos fundamentales es de rango constitucional y viene expresado más en forma de principios que en el de reglas, con lo cual, quien lo interpreta lo “concreta”, y asume un papel más creador de derecho que de simple administrador *ciego* de las reglas preestablecidas, según la tradicional imagen de la justicia.

Por último, la crisis de representación política propia de los años que corren, que ha arrinconado al Congreso de la República y a otras autoridades de origen democrático a una simple *estrategia de supervivencia*, no ha permitido que la Constitución se desarrolle cabalmente, como ella misma lo hubiera deseado, por medio de la ley. La jurisprudencia constitucional ha venido llenando ese vacío institucional, lo cual, también, la acerca más a la creación de derecho que a la tradicional función judicial.

Ante ello, cabe afirmar que si la variación en el sistema de fuentes se construye como efecto secundario de una jurisprudencia celosa de la protección subjetiva de los derechos en cada caso concreto, no cabe duda de que se presenta una articulación armónica entre la tutela de los derechos e intereses particulares y la protección objetiva del ordenamiento constitucional, que es, con seguridad, lo mejor que puede dar de sí un buen sistema de jurisdicción constitucional de la libertad. Si, por el contrario, la función judicial otorga mayor importancia a la protección objetiva de los derechos fundamentales que a la subjetiva, es decir, centra su atención en la creación de reglas jurídicas más que en la solución de casos concretos, descuida la función que le es más propia y para la cual el ordenamiento no tiene previstas otras herramientas, como lo es la protección judicial de los particulares.

5) Las jurisdicciones especializadas

Prácticamente en todos los lugares en los que se ha adoptado un proceso tipo amparo la articulación entre las jurisdicciones tradicionales y la constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales ha sido traumática, o bien ha originado arduas controversias, tanto por cuestiones propiamente jurídicas, como por el celo institucional de los diversos órganos judiciales en la delimitación de sus respectivas atribuciones y competencias. Sería ingenuo olvidar que se trata, también en

esto, de delimitación de órbitas de poder, y que cuando el poder está en juego, la tendencia natural es hacia la concentración y el abuso. Ésa es, por cierto, la cruda realidad en la que opera el derecho constitucional.

La acción de tutela colombiana no ha sido la excepción. Los vaivenes jurisprudenciales en relación con la posibilidad de interponer acciones de tutela contra decisiones judiciales han puesto de relieve que uno de los aspectos más delicados de la configuración de estas garantías judiciales consiste precisamente en su incardinación dentro del cuadro general de remedios procesales previstos por el ordenamiento, y asimismo, que el Estado-juez, destinado por principio a la protección de los derechos de los ciudadanos, muestra también una tenaz resistencia a la admisión de controles jurídicos a su actividad.

Pero, más que una sola *querrela de investiduras* entre órganos judiciales, las fricciones que en la actualidad se presentan entre las jurisdicciones ordinarias y la constitucional, con ocasión de la acción de tutela, indican una tendencia al reacomodo general de la jurisdicción, con supremacía de la justicia constitucional. Ello obedece principalmente al rango supralegal de los derechos fundamentales, a su efecto de irradiación sobre todos los ámbitos del derecho y a su particular potencialidad expansiva. Los derechos fundamentales contienen el principal factor de unidad del ordenamiento jurídico, lo que se refleja, en el ámbito de la administración de justicia, en una dinámica de convergencia encaminada hacia la unidad de la jurisdicción. Las tradicionales barreras entre jurisdicciones especializadas van siendo así superadas, y en el vértice jerárquico material de la jurisdicción se sitúa la Corte Constitucional, por su carácter de tribunal supremo del derecho común y supremo en que consisten los derechos fundamentales. El progresivo desarrollo y el carácter abierto y expansivo de estos derechos amplían, a su vez, las competencias de la jurisdicción constitucional de la libertad.

C. Acciones populares

El artículo 88 de la Constitución dispone la creación de acciones populares⁹³ y de grupo, destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos, las cuales fueron desarrolladas por la Ley 472 de 1998.

93 Rincón Gama, Javier Hernando *et al.*, *Las acciones populares en el Estado social de derecho. Un instrumento democrático y de equilibrio de poder*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2004.

La acción popular tiene carácter preventivo,⁹⁴ protector, indemnizatorio especial⁹⁵ y restaurador de intereses colectivos que han sido vulnerados o que se encuentran en peligro por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Se trata además de una acción con trámite preferente y sin término de caducidad.

El objeto de protección de las acciones populares está constituido por los derechos colectivos, de los cuales todos los miembros de la comunidad, sin distinción alguna, son titulares. De tal modo, quedan excluidas las pretensiones meramente individuales. Vale señalar que dentro del concepto de derechos colectivos se ubican, tanto los intereses colectivos, propios de un grupo organizado, como los intereses difusos, inherentes a las colectividades indeterminadas.

En cuanto a la legitimación activa, se encuentran habilitadas todas las personas naturales y jurídicas, sin restricción alguna, así como las organizaciones no gubernamentales, populares y cívicas, y las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (procurador general de la nación, defensor del pueblo, personeros distritales y municipales, alcaldes y demás servidores públicos a los que se haya encomendado la protección de derechos colectivos). Por contrapartida, pueden ser demandados en acción popular, tanto las autoridades, como los particulares que vulneren o amenacen los derechos colectivos invocados.

El ordenamiento le atribuyó varias funciones a la acción popular, entre las que se cuentan la prevención, la reparación y la indemnización. La procedencia de una o varias de éstas depende del tipo y de la entidad de la lesión que se ocasione al derecho colectivo.⁹⁶

Inicialmente la Corte Constitucional consideró que el único fin inherente a las acciones populares era el preventivo, posición que era útil a la distinción funcional de estas acciones de las de grupo, en las cuales la finalidad principal es la reparación del daño de carácter colectivo. No obstante, la expedición de la Ley 472 de 1998 cambió el panorama al reconocer a las acciones populares las funciones ya citadas.

94 Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999.

95 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP-182.

96 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP-182, C.P., Alier Eduardo Hernández Enríquez.

D. *Acción de cumplimiento*

Este mecanismo protector consiste en la posibilidad de toda persona de acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de lo establecido por una ley o un acto administrativo (artículo 87). Se trata de un instrumento procesal con cierto grado de analogía con el *writ of mandamus* anglosajón, que en el caso colombiano protege los derechos fundamentales, no tanto en su contenido propiamente constitucional, como en la garantía de ejecución de sus instrumentos de desarrollo legales y administrativos. Fue incluido en la Constitución con la doble finalidad de obligar a la administración a ejecutar lo dispuesto por las leyes y por sus propios actos jurídicos, así como para llamar a la precaución del legislador en el sentido de evitar excesos demagógicos en la producción legislativa, imposibles de cumplir.

7. *La soberanía*

Las dos nociones clásicas de soberanía⁹⁷ tienen lugar en la Constitución colombiana. En su artículo 3o., relativo a *los principios fundamentales*, se proclama que el poder político del Estado proviene exclusivamente del pueblo colombiano, quien lo ejerce directamente o mediante sus representantes. A su vez, el artículo 9o. dispone que las relaciones internacionales se fundamenten en el principio de la soberanía nacional. De esta forma, los principios de soberanía *popular* y *nacional* encuentran asidero en el modelo constitucional colombiano, cada uno con un campo de aplicación diferente. Así, mientras el primero se refiere a la relación doméstica asociados-poder público, y ofrece una explicación político-filosófica de la existencia del Estado que legitima racionalmente su proceder, la segunda concepción se refiere al ámbito exterior, y proclama la independencia y autonomía del Estado en el ámbito internacional.⁹⁸

El concepto de soberanía popular atribuye la existencia y legitimación del poder estatal a la suma de voluntades de los administrados. Este concepto encuentra sus raíces en las teorías contractualistas liberales, las

⁹⁷ Vadie, Bertrand, *Un mundo sin soberanía: Estados entre artificios y responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 578 de 2002.

cuales enseñan que el consenso de los individuos fundamenta su sometimiento a una autoridad superior como el Estado y, a su vez, permite la expedición de normas con fuerza vinculante.⁹⁹ La Constitución optó por esta explicación del poder público y desechó la anterior, que sustentaba la soberanía del Estado en la nación, pues bajo el nuevo régimen constitucional de naturaleza pluralista era imposible sostener que los colombianos conformaban una nación homogénea.¹⁰⁰ Por esto, el nuevo modelo estatal no podía derivar su legitimidad de un ente ficticio como la nación, sino que era necesario responder a la realidad del país, caracterizada por su diversidad cultural, étnica y religiosa, lo cual llevó a reconocer como verdadero titular del poder público al *pueblo* colombiano. Un factor adicional llevó al abandono del concepto nacional de soberanía; a saber: la irresponsabilidad de los servidores públicos, en especial de aquellos de elección popular, como consecuencia de la ausencia de mecanismos de control y participación ciudadana en el ejercicio del poder estatal.

En efecto, la Constitución de 1886 amparaba un régimen democrático representativo, carente de espacios y dispositivos que permitieran a los ciudadanos tomar parte en las decisiones de su interés. La injerencia de aquellos en los asuntos públicos llegaba hasta la elección de sus representantes, quienes, una vez posesionados, actuaban según su visión personal del interés público. De esta manera, la idea de que los funcionarios públicos habían sido elegidos o nombrados para representar al soberano, que era la nación, permitía argumentar que todos sus actos, beneficiosos o perjudiciales para la comunidad, inevitablemente daban respuesta al querer nacional, el cual no podía consultarse, porque aquel soberano, la nación, era en realidad inexistente. Así, el abandono del concepto de soberanía nacional por el de popular buscó acabar con el irresponsable ejercicio de la función pública, allanándose el camino para el establecimiento de una democracia de corte *participativo*.

Ahora bien, son varias las repercusiones que tiene el hecho de reconocerle soberanía al pueblo. La más importante, como se adelantó, consiste en la consagración de una serie de garantías de participación directa o semidirecta en el desenvolvimiento del poder público. La Corte Constitucional, en la sentencia C-245 de 1996, aseguró que el cambio de una clase de soberanía a otra “no es simplemente de carácter semántico; [pues]

99 Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 1996.

100 Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1996.

tiene serias implicaciones tanto de orden jurídico como de orden práctico”, y señaló algunas de las instituciones que tienen lugar en este nuevo sistema democrático:

...[b]ajo esta nueva concepción se da cabida a instituciones como la revocatoria del mandato de los elegidos, consagrada... en los artículos 40-4, 103 y 259, a una más directa participación de los ciudadanos, a través de mecanismos como el referendo, el plebiscito, la iniciativa legislativa y el cabildo abierto, consagrados... en los artículos 40-2, 40-5, 103, 104, 105, 106, 155, 170, 270, 377, 378 y 379, entre otros.

En pocas palabras, según el alto tribunal, la intención del constituyente de 1991 al consagrar la soberanía popular...

Fue, en últimas, ampliar en la mayor medida posible los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones que tengan incidencia tanto nacional como regional y local, y también en el control del ejercicio del poder público de los gobernantes, entendiendo este término en su sentido más amplio.

En el mismo orden de ideas, el ejercicio de los derechos políticos constituye una evidente expresión de la soberanía popular. En la sentencia C-488 de 1993, la Corte fue enfática al declarar que “[e]n ningún momento debe ser el ciudadano tan consciente de su carácter de titular de la soberanía como cuando se encuentra en trance de sufragar”, pues su voto confiere autoridad al mandatario, que deberá adecuar su gestión al programa aprobado por el electorado. Un aspecto digno de resaltar es que la participación ciudadana originada en el principio de soberanía popular no se limita al campo político; además, se puede observar en las distintas manifestaciones de la vida en comunidad, mencionadas en el texto constitucional, conforme con el artículo 2o. de la Constitución, que ordena al Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Como ejemplos de esta participación ciudadana *transversal* está la facultad del Congreso para crear medios de participación de los trabajadores en la gestión de las empresas y en la dirección de las instituciones educativas, la permisión a la comunidad para participar en la organización de los servicios de salud, la autorización a las comunidades indígenas para participar en la conformación de las entidades territoriales y la

promoción de la intervención de la liga de consumidores en los temas de su interés.

Finalmente, como una expresión adicional de la soberanía popular, se encuentra la limitación de la competencia del Congreso de la República para alterar la Constitución. Si bien, según los artículos 374 y 375, el Congreso está facultado para reformar la carta política, esta potestad no es suficiente para alterar su *contenido esencial*; en otras palabras, el poder constituyente del Congreso debe ser interpretado acorde con su carácter derivado, en todo caso, restringido y supeditado a la voluntad del pueblo, constituyente primario y soberano absoluto.¹⁰¹

La anterior doctrina ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, emitidos con ocasión de demandas de inconstitucionalidad que atacaban el contenido material de algunas enmiendas constitucionales. Sobre el particular, la Corte ha considerado que, debido al precario poder constituyente del Congreso, éste carece de competencia para sustituir o abolir la carta fundamental. Entonces, le está vedado tramitar reformas cuyo contenido derogue aspectos consustanciales al modelo de Estado acogido en la Constitución de 1991, y el único que podrá hacerlo será su propio autor, es decir, el pueblo colombiano, reunido en asamblea nacional constituyente. De esta manera, carecen de validez por falta de competencia del Congreso aquellas reformas constitucionales dirigidas a modificar elementos básicos del sistema estatal colombiano, piénsese, por ejemplo, en un cambio del sistema de gobierno, de presidencial a monárquico, o en una alteración en la organización de los poderes públicos, como sería la adopción de un régimen federal.¹⁰²

Ahora bien, en cuanto a las relaciones internacionales el constituyente de 1991 consideró pertinente adoptar el principio de soberanía nacional como su cimiento. Esta decisión es consecuente con la naturaleza de *sujeto de derecho* predicable de los Estados, como integrantes de la comunidad internacional. La soberanía nacional en este ámbito tiene un alcance dual. Por un lado, en el plano exterior, se refiere a la igualdad jurídica de todos los Estados, igualdad que le permite participar de una manera apropiada en el tráfico internacional, sin estar sujeto a poder estatal algu-

101 Corte Constitucional, Sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003 y C-644 de 2004.

102 Corte Constitucional, Sentencia C-1200 de 2003.

no, al menos en lo jurídico.¹⁰³ Esta fase de la soberanía es, entonces, una manifestación de la *independencia* de los estados, que les permite comportarse como verdaderos sujetos de derecho, con la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones y crear normas de derecho internacional que les sean vinculantes. Por otro lado, a nivel interno, la soberanía nacional hace alusión a la facultad reconocida a todos los Estados de expedir normas válidas en su jurisdicción y de regular, en general, su devenir sin la intromisión de otros Estados.¹⁰⁴

Como expresión de la primera fase de la soberanía se encuentra, por ejemplo, la extradición de nacionales colombianos por hechos ilícitos cometidos en el exterior. A diferencia de lo que podría pensarse, la extradición no se traduce en una cesión o vulneración de la soberanía nacional; por el contrario, la Corte Constitucional ha sido enfática en sostener que aquélla es un verdadero ejercicio de ésta, pues implica la asunción voluntaria de obligaciones internacionales y su cumplimiento, con base en el poder del Estado, reconocido y respetado por parte de la comunidad internacional.¹⁰⁵

Como manifestación de la segunda fase de la soberanía nacional se encuentra el respeto por la jurisdicción del Estado, que en el aspecto físico se proyecta en su territorio.¹⁰⁶ Sobre este importante elemento del Estado, considerado su ámbito espacial de validez.¹⁰⁷ Colombia se caracteriza por realizar una interesante reivindicación: según las voces del artículo 101 la Constitución de 1991, el segmento de órbita geoestacionaria ubicado sobre el país forma parte de su territorio.¹⁰⁸

Esta consideración ha llevado al Estado colombiano a tomar varias posiciones frente a la comunidad internacional. La inicial, expresada en la Declaración de Bogotá, suscrita en noviembre de 1976 por varios países ecuatoriales, exigía un respeto de la soberanía nacional similar al del espacio terrestre sobre el segmento de órbita, posición que reñía con la opinión dominante sobre la propiedad del espacio.¹⁰⁹ Posteriormente, pre-

103 Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2004, sobre el principio *par in parem non habet imperium*.

104 Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.

105 Corte Constitucional, Sentencias C-1055 de 2003, C-780 de 2004, C-619 de 2004, C-405 de 2004 y C-621 de 2001.

106 Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.

107 Corte Constitucional, Sentencia T-1736 de 2000.

108 Corte Constitucional, Sentencia C-278 de 2004.

109 Corte Constitucional, Sentencia C-278 de 2004.

sionado sobre todo por las necesidades de interconexión en las telecomunicaciones, el Estado colombiano cedió en su pretensión, y abogó por el reconocimiento de una soberanía que no impide la explotación foránea del segmento de órbita, pero que obliga a la comunidad internacional a propiciar un disfrute y aprovechamiento de la misma encaminado al desarrollo conjunto de la humanidad. Podría afirmarse que, frente a la imposibilidad material de exigir respeto a la soberanía sobre esta zona espacial o de ejercer sobre ella un dominio efectivo, el Estado colombiano decidió iniciar una reivindicación más *simbólica*, aparejada de un impulso en las instancias internacionales para su explotación adecuada y equitativa, en beneficio de los Estados menos desarrollados tecnológicamente.

Finalmente, cabe mencionar varias de las limitaciones que actualmente se imponen al ejercicio de la soberanía nacional. Al respecto, la Corte Constitucional considera que, a la luz de la dinámica contemporánea internacional, el concepto de soberanía nacional debe ser morigerado en atención a principios básicos de humanidad, como los representados en instrumentos internacionales de derechos humanos, de derecho internacional humanitario y de protección del medio ambiente global.¹¹⁰

Como ejemplo de estas limitaciones se encuentran los acuerdos regionales de asistencia mutua, que buscan contrarrestar atentados contra los gobiernos democráticamente elegidos. Así, cuando la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 9o. de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que impone el deber de actuar en conjunto cuando al interior de un Estado se atente contra el gobierno democrático, manifestó que un Estado soberano puede válidamente asumir obligaciones internacionales que impliquen limitaciones al principio de autodeterminación estatal, siempre que respondan a valores aceptados voluntariamente por la comunidad internacional.¹¹¹ La siguiente fue la reflexión realizada por la Corte: “¿Cómo puede mantenerse la soberanía como nota distintiva del poder estatal, si ineludiblemente cada comunidad nacional está avocada a convivir y relacionarse con las demás, y tal convivencia y relación sólo es pensable sobre la base de reglas comunes aceptadas por los sujetos soberanos?”.¹¹² De esta forma, la democracia, como valor necesario para la paz y el desarrollo regional, faculta a los Estados vecinos a establecer mecanismos de intervención que garanticen su vigencia. Re-

110 Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992.

111 Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2004.

112 Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 1996.

sulta, entonces, insostenible predicar la completa autonomía del Estado, pues para poder convivir con sus pares se necesitan condiciones mínimas de identidad, como un régimen político que comparta similares valores y principios.¹¹³

Otras de las limitaciones al principio clásico de soberanía nacional, como se anunció, provienen de la lucha contra la impunidad y a favor del respeto de los derechos humanos.¹¹⁴ Este propósito, avalado por la comunidad internacional, impone deberes de acción que pueden ser considerados, a primera vista, contrarios a la soberanía de los Estados. Por ejemplo, a partir de este objetivo se permiten intervenciones humanitarias al interior del territorio nacional en situaciones de desastres naturales o tragedias colectivas que afecten o pongan en riesgo los derechos fundamentales.¹¹⁵ Asimismo, la investigación y castigo de los crímenes más atroces cometidos contra la humanidad permite imponer restricciones al ejercicio normal de la jurisdicción nacional. Entonces, en casos donde el Estado colombiano omita o impida el procesamiento penal de posibles criminales de esta índole, la comunidad internacional, ya sea directamente o por medio de organizaciones de naturaleza judicial, está facultada para iniciar los respectivos procesos de responsabilidad penal.¹¹⁶ Finalmente, la protección del medio ambiente mundial constituye otra restricción al ejercicio pleno de la soberanía estatal. De esa forma no pueden los Estados ignorar su pertenencia a un ecosistema interdependiente, que demanda la defensa mancomunada de su biodiversidad, con políticas que trasciendan

113 Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2004.

114 Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2001.

115 Corte Constitucional, Sentencia C-255 de 2003, en la cual la Corte estudió un tratado internacional dirigido a prodigar ayuda a las víctimas de un terremoto. En esa oportunidad el Tribunal declaró que: “[e]n el derecho internacional clásico, de ninguna manera se le imponía a los Estados aceptar ayuda en casos de urgencia, aun cuando sus habitantes se encontraran en un alto peligro. Este concepto, si bien pudo haber tenido acogida en otra época, en la actualidad resulta inaplicable, porque el derecho internacional y los derechos humanos hoy en día indican que se debe dar una prevalencia a los derechos fundamentales sobre el concepto absoluto de soberanía, atributo del Estado que obviamente no ha desaparecido del panorama internacional pero cuyo ejercicio debe ser acorde con el disfrute de los derechos de las personas, más cuando se trata de víctimas de desastres naturales, de enfermos o personas de escasos recursos económicos, cuyos derechos priman sobre cualquiera otra consideración que pretenda darle prioridad a la soberanía”.

116 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, que aborda el estudio de constitucionalidad del estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante el cual este Tribunal, subsidiariamente, podrá investigar a nacionales por la comisión de delitos atroces.

las fronteras nacionales. Así, con ocasión de la revisión previa a la ley 766 de 2002 “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre Asistencia en caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica de 1986” e igualmente, al estudiar la ley 728 de 2001, “por medio de la cual se aprobó la Convención sobre la Protección Física de Materiales Nucleares”, la Corte Constitucional reiteró que:

[e]n oposición al principio según el cual la soberanía de los Estados implica su autodeterminación y la consecuente defensa de intereses particulares, enmarcados dentro del límite de sus fronteras políticas, la degradación del medio ambiente, al desbordar estas fronteras, se convierte en un problema global. En consecuencia, su protección se traduce en un propósito conjunto de todos los Estados, que a su vez se preparan para enfrentar un futuro común..., en general, los distintos ecosistemas son multidimensionales y los elementos de cada uno guardan una compleja interrelación, por lo que no contemplan fronteras geopolíticas.¹¹⁷

Por lo anterior, las políticas y planes de acción estatal para la protección del medio ambiente se convierten en una zona normativa en donde la soberanía del Estado queda en entredicho, imponiéndose la concertación internacional y la mutua asistencia estatal, sin poderse esgrimir autonomía o independencia política alguna.

8. *Las ramas del poder público*

Si se le compara con las Constituciones contemporáneas, la colombiana no presenta ninguna peculiaridad relevante al describir la estructura del Estado. Con aceptable ordenación, la llamada “parte orgánica” contiene la descripción de las instituciones por medio de las cuales se hará efectivo, en lo que al Estado refiere, el orden fundamental y sustancial de su “parte dogmática”: los principios y los derechos fundamentales.

Sobresale quizá la explicitud, si se quiere didáctica, con la que en el título IV de la Constitución se presenta el principio de separación de poderes, mediante la declaración de tres presupuestos con los que queda construido desde la norma suprema: primero, que el poder público en Colombia está organizado en tres ramas: la legislativa, la ejecutiva y la

117 Corte Constitucional, Sentencias C-254 de 2003 y C-671 de 2001, respectivamente.

judicial; segundo, que para las otras funciones del Estado existen otros órganos autónomos e independientes, y tercero, la regla de que todos los órganos tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado.

De allí en adelante sigue la descripción molecular de cada una de las ramas del poder. El Congreso, como cuerpo bicameral, Senado y Cámara de Representantes, con funciones para reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político al gobierno y a la administración; el presidente de la República con sus tres habituales calidades: jefe de Estado, de gobierno y suprema autoridad administrativa; la composición del gobierno; la definición del Poder Judicial, de sus órganos principales; la presentación de los órganos de control, la composición de cada uno y sus funciones básicas, la presentación del cuarto poder: la organización electoral y, finalmente, la reiteración del principio de legalidad estricto al que se encuentra el ejercicio de la autoridad pública.

A esta presentación le sucede un capítulo de principios y reglas constitucionales sobre la función pública, en su más amplia expresión, aspectos relacionados con la posesión, con las inhabilidades, las incompatibilidades, la definición de servidores públicos, el principio burocrático de la carrera administrativa, la creación de una comisión nacional del servicio civil, incluso con una mención expresa al caso de los notarios.¹¹⁸

A. Congreso de la República

El parlamento, denominado Congreso de la República, único cuerpo del Estado con poder para legislar, y sus miembros, los congresistas, son elegidos para periodos de cuatro años mediante votación directa. El Congreso de la República es la principal autoridad representativa. Está integrada por 102 senadores (100 elegidos por circunscripción nacional y dos por una circunscripción especial indígena), y por 164 representantes elegidos por circunscripciones territoriales. Los criterios constitucionales que determinan la legitimidad de la representación democrática que ellos ejercen son, en clara expresión de su mandato, los de la justicia y el bien

118 También se ocupa de la definición de los principios de la función pública el artículo 209 de la Constitución. Véase Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 65 y ss.

común, y en ese mismo orden su responsabilidad política es abstracta y regulada en cuanto a las obligaciones de su investidura.

La competencia legislativa del Congreso se abre con el establecimiento de los dos atributos que le confieren la habilitación general para legislar, como atribución para interpretar, reformar y derogar las leyes, y también para expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.¹¹⁹ Aparejada a esa habilitación general se consagran otras competencias específicas de diversa índole, dentro de las cuales cabe destacar las relacionadas con la organización del Estado como aparato administrativo y en el orden territorial, la delegación legislativa al gobierno nacional y la ordenación económica general y de las finanzas del Estado: planes, presupuestos, rentas, tributos, moneda, derechos económicos e intervención económica.

Además del procedimiento legislativo ordinario (cuatro debates, aprobación por mayoría simple), la Constitución prevé la existencia de dos tipos especiales de leyes: las orgánicas y las estatutarias.¹²⁰

Las leyes orgánicas, cuya aprobación requiere el voto favorable de la mayoría de los integrantes de cada cámara, se refieren a materias como los reglamentos del Congreso y el de cada una de sus cámaras; las normas sobre la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto y el plan nacional de desarrollo, así como las que fijan competencias de las entidades territoriales. Se trata, entonces, de una suerte de normas interpuestas de validez en las leyes ordinarias.

Las leyes estatutarias, por su parte, regulan los derechos fundamentales, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos políticos, instituciones y mecanismos de participación ciudadana, los estados de excepción y las leyes sobre garantías en el debate de la elección presidencial. Tienen como particularidad que deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de ambas cámaras, que su trámite y aprobación deben surtirse en una sola legislatura (año parlamentario) y que tienen control previo y automático de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

119 Sobre la función legislativa y su ejercicio. Véase, Palacios Torres, Alfonso, *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 23 y ss.

120 Sierra Porto, Humberto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Como herramientas de control político del Congreso se tienen la citación a los ministros para que rindan informes sobre sus actividades, la moción de censura sobre los mismos y el juicio político al presidente de la República y a otros altos dignatarios del Estado.

B. Presidencia de la República

La tradición constitucional colombiana se mantiene en este punto inalterada. La Constitución de 1991 consagra el régimen presidencial con fuerte presidencialismo, como ha ocurrido a lo largo de la vida republicana. Esta condición anticipa el carácter representativo de la figura del presidente, elegido por el voto directo de los ciudadanos bajo el sistema de la doble vuelta, con posibilidad de ser reelegido por una vez, cuya persona para sustituirlo en sus faltas absolutas será el vicepresidente de la República, también elegido popularmente. El presidente, como poder independiente del parlamento, tiene funciones propias y exclusivas, con plena iniciativa legislativa y reservada en algunas materias y con facultades legislativas por delegación parlamentaria o en los estados de excepción.

El gobierno nacional está integrado por el presidente de la República, los ministros y los directores de departamentos administrativos. También forman parte de la rama ejecutiva las gobernaciones, las alcaldías, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.

Corresponde al presidente de la República el manejo de las relaciones internacionales, la celebración de tratados internacionales y, en concordancia con lo anterior, el nombramiento de los agentes diplomáticos y consulares. Tiene, además, potestad nominadora para el nombramiento y remoción de ciertos cargos principales del gobierno y de la administración, así como la competencia para intervenir en la elección de autoridades del orden nacional y que pertenecen a otras ramas del poder público, mediante la presentación de ternas, bien de manera exclusiva, bien como función que comparte con otras corporaciones públicas.

En materia normativa son importantes las funciones del presidente. En primer término, la Constitución le confiere como habilitación esencial y complementaria a la labor legislativa del Congreso, la del poder de regla-

mentación de las leyes.¹²¹ Asimismo, tiene iniciativa legislativa para todas las materias, iniciativa que es reservada para algunas, entre las cuales destacan las necesarias para el manejo de la economía. En estos asuntos económicos también desarrolla una suerte de poder de reglamentación reforzado, sobre lo cual el Congreso se encuentra autorizado por la Constitución para proferir sólo normas generales o leyes marco,¹²² contentivas de los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse la regulación del gobierno.¹²³

Otra importante función destacable del presidente de la República es la relacionada con el mantenimiento y preservación del orden público. A estos efectos se le reconoce como comandante supremo de las fuerzas armadas, a la vez que tiene atribución para decretar estados de excepción y regular, mediante decretos legislativos con fuerza de ley, las materias necesarias para su contención y resolver los problemas que le han dado origen. Son estados de excepción los de guerra exterior, conmoción interior y emergencia de carácter económico, ecológico, social, o proveniente de una calamidad pública.

A este respecto, el Constituyente de 1991, habida cuenta de la experiencia histórica vivida sobre la materia, adelantó un enorme esfuerzo por someter al Estado constitucional a situaciones críticas y ajenas naturalmente a la normalidad para la que están dispuestas las instituciones. En este orden introduce límites competenciales y temporales al uso de las facultades de excepción, además de establecer un sistema de controles dentro de los cuales resalta, por su notoriedad, el de constitucionalidad, encargado a la Corte Constitucional. A las anteriores exigencias se suma la de una ley estatutaria mediante la cual se han venido a disponer

121 Con todo, se trata de una distribución no exclusiva, pues la Constitución ha reservado esta atribución en ciertas materias a otras autoridades, como el Banco de la República (artículo 371, inciso 2o.), el Consejo Nacional Electoral (artículo 265, numeral 9o.). Véase Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. I, pp. 435 y ss.

122 Para la organización del crédito público, regulación del comercio exterior, cambio internacional, régimen de aduanas, tarifas y aranceles, regulación de las actividades relacionada con el manejo de recursos financieros recaudados del público, régimen salarial de los empleados públicos, el congreso y la fuerza pública y régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

123 Julio Estrada, Alexei, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 55 y ss.

las exigencias normativas que dan legitimidad a la actuación del presidente en el manejo del orden público, que limitan su discrecionalidad.

En cuanto al estado de guerra, su declaración, que deberá estar suscrita por el presidente de la República y todos los ministros, da lugar a que el gobierno pueda asumir las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad. Con todo, su procedencia sólo tiene lugar una vez que el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del presidente fuera necesario repeler la agresión. Nunca desde la vigencia de la Constitución se ha hecho uso de esta atribución excepcional.

Por lo que se refiere a la conmoción interior, que sí ha sido puesta en vigencia en varias ocasiones, se ha previsto como mecanismo para enfrentar las situaciones de anormalidad extrema que tengan origen en conflictos políticos internos y que no puedan ser conjurados mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. Su declaratoria, suscrita por el presidente de la República y los ministros, podrá tener como ámbito de aplicación toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos periodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

En desarrollo de uno u otro estado excepcional, el gobierno está sujeto a condicionamientos similares: ejercer las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos, los decretos legislativos dictados podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de guerra o conmoción declarado y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. Durante su vigencia, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el gobierno está obligado a informarle sobre los motivos de la declaratoria —para el caso de la conmoción interior—, sobre los decretos dictados y sobre la evolución de los acontecimientos. Como respuesta a un amargo capítulo de la historia política colombiana, la Constitución determinó de modo explícito que en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

En adición y para sujetar con mayores alcances los poderes extraordinarios reconocidos, se han consagrado las siguientes normas comunes a los dos estados anteriores: los decretos expedidos por el presidente sola-

mente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiera determinado la declaratoria del estado de excepción; asimismo, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos. De igual modo, se ha establecido —con cierta reiteración— que los estados de excepción no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, que tan pronto como haya cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al estado de conmoción interior, el gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción y, en fin, que el presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos para los cuales están previstos, y por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de las facultades excepcionales.

Especial importancia tiene la previsión constitucional que obliga al gobierno a enviar a la Corte Constitucional los decretos que dicte en uso de las facultades de excepción, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. En ejercicio de dicho control, la Corte enjuicia la legitimidad de la decisión de declarar el estado excepcional, así como las medidas adoptadas. En otros términos, la Corte Constitucional ha entendido que la Constitución establece exigencias materiales para que pueda ser declarado un estado de excepción.¹²⁴ Según lo ha afirmado en diversas sentencias, el gobierno no puede arbitrariamente definir cualquier circunstancia como sobreviviente y gravemente perturbadora del orden. La inclusión en la Constitución de una cláusula general, o de un concepto jurídico indeterminado, o de una fórmula abierta, no inhibe a la Corte Constitucional para efectuar el correspondiente juicio sobre la adecuación del acto bajo su control, con respecto a los parámetros constitucionales.¹²⁵ La valoración de las mismas es dejada a la apreciación razonable del Ejecutivo, pero sujeta a la verificación de la Corte Constitucional —para efectos del control material de la declaratoria— y del Congreso de la República —para efectos del control político—. ¹²⁶

124 Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 1994.

125 Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1992.

126 Esa consideración le ha permitido en dos ocasiones declarar la inconstitucionalidad de decretos que declaraban la conmoción interior y la emergencia económica, respectivamente. La declaración de inconstitucionalidad se motivó en que los hechos señalados

Asimismo, el control judicial sobre los decretos que el presidente exige en el curso de los estados de excepción y que compete examinar a la misma Corte Constitucional, representa otro límite a la discrecionalidad presidencial.¹²⁷ A este respecto, la Corte ha precisado que no obstante la autorización constitucional para dictar medidas al amparo de los estados de excepción, han de ser excepcionales y alterar transitoriamente el régimen legal ordinario, pero no, en ningún caso, constituir una excepción al Estado social de derecho ni al principio democrático. De allí que no quepa invocar la clásica noción de la razón de Estado, pues el Ejecutivo “además de respetar los parámetros constitucionales e internacionales plasmados en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93, C.P.), debe asegurarse de que los decretos legislativos dictados durante la conmoción interior cumplan con las estrictas condiciones establecidas en la ley estatutaria”.

De tal suerte y sobre la base de los límites de derecho positivo dispuestos por el ordenamiento, la Corte Constitucional ha establecido que el juicio de constitucionalidad de las medidas excepcionales debe realizarse en el contexto específico de cada estado de excepción, y comprende varios pasos metodológicos que son separables en juicios distintos y sucesivos: un juicio de conexidad material, dirigido a comprobar que la medida adoptada se refiere a la misma materia de las causas que justificaron la declaratoria del estado de excepción; un juicio de ausencia de arbitrariedad, consistente en establecer si la medida adoptada desconoce alguna de las prohibiciones generales expresamente establecidas en la Constitución para el ejercicio de las facultades excepcionales; un juicio de intangibilidad, orientado a verificar si la medida adoptada respeta los derechos intangibles cuyo núcleo esencial es intocable, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales y en la ley estatutaria de estados de excepción al artículo; un juicio de transitoriedad, que tiene como finalidad determinar si la medida adoptada, tanto por su vigencia como por su contenido material es una norma transitoria que ha de regir y surtir efectos específicamente durante el estado de excepción, y,

por el presidente no tenían las características de intempestivos o suficientemente graves como para justificar las medidas de excepción, aunque ciertamente los hechos aducidos por el gobierno sí eran ciertos.

127 Vanegas Gil, Pedro Pablo, “Aproximación general a la conmoción interior de 2002 y a su control constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 249 y ss.

finalmente, un juicio de no contradicción específica con las normas superiores a las que se encuentra sujeto.

Además de los anteriores, que son los ingredientes más severos del juicio de constitucionalidad, es necesario verificar el cumplimiento de otras condiciones reducibles al juicio de proporcionalidad de la medida, y que por supuesto se manifiestan en el juicio de finalidad, el juicio de motivación suficiente, el juicio de necesidad (tanto fáctica como jurídica), el juicio de incompatibilidad frente a las normas ordinarias suspendidas, el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, el juicio de no discriminación.¹²⁸ Y a todo lo anterior se agrega el juicio material estatutario o de respeto de los parámetros legales.¹²⁹

Resta hacer alusión al estado excepcional de emergencia económica, social o ecológica, sobre el cual la Constitución dispone que cuando sobrevengan hechos distintos de la guerra y la conmoción interior, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por periodos de hasta treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Esta facultad tiene varios puntos en común con la prevista en los casos anteriores. En efecto, la declaración debe contar con la firma del presidente y todos los ministros, estar motivada, y los decretos con fuerza de ley que se profieran deben poseer perfecta correspondencia con las causas con las que se justificó la declaratoria, como medidas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Pueden, por tanto, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, pero en este último caso dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Congreso examinará el informe motivado que le presente el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de

128 Al respecto, cabe poner de relieve que la Corte Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad, tanto en el caso de las clásicas medidas de confrontación gubernamentales contra los grupos armados, como en el de algunas medidas gubernamentales encaminadas a alcanzar la reconciliación nacional, mediante el diálogo con grupos insurgentes o rebeldes. *Cfr.* Ramelli, Alejandro, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 468.

129 En este sentido, la sentencia C-149 de 2003, que por aplicación de la doctrina en ella recogida y ordenada se declara inexecutable un decreto legislativo expedido en Estado de conmoción por el cual se establecía un nuevo delito en el Código Penal.

emergencia y las medidas adoptadas, se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. También podrá, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, derogar, modificar o adicionar los decretos expedidos por el gobierno, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno y en cualquier tiempo las que son de iniciativa de sus miembros.

Al igual que ocurre con los estados de guerra y conmoción, la Constitución establece que el presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el estado de emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al gobierno durante la emergencia, y que está igualmente obligado a enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos.

Por último, y como garantía especial y subsidiaria a la que opera por aplicación del bloque de constitucionalidad, se establece que el gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos de emergencia.

Desde una perspectiva histórico-constitucional, puede afirmarse que la Presidencia de la República ha sido a lo largo de los dos siglos de existencia del Estado colombiano la institución más robusta de todo su andamiaje constitucional y político. Desde la fundación de la República ha existido un patente desequilibrio en la distribución del poder público, siempre a favor del Ejecutivo nacional, y en desmedro tanto del Legislativo y del Judicial, como de las autoridades regionales y locales. Desde el presidencialismo seudomonárquico con que soñaron Bolívar, Caro y Núñez, con paso por el austero y civil de los liberales radicales de la segunda mitad del siglo XIX, hasta llegar al actual presidencialismo tecnócrata y mediático, siempre hemos tenido un presidente que es, tanto en la letra de las Constituciones como en la realidad de la vida institucional, jefe de Estado, jefe de gobierno, jefe de la administración y principal motor de la vida política. Ya Bolívar lo había anunciado en la Constitución que escribió para Bolivia, pero que pensó establecer en Colombia: “el presidente de la República viene a ser en nuestra Constitución como el sol, que firme en su centro, da vida al Universo”. Además de los datos históricos y culturales que explican la adhesión colombiana a un sistema presidencial de gobierno con presidente fuerte, también el poder del Ejecutivo se ha visto incrementado a partir de la segunda mitad del siglo

XX, toda vez que las funciones que desde entonces asumió el Estado de promoción del bienestar general de la población, de prestación de los servicios públicos básicos, de preservación del medio ambiente y de redistribución de la riqueza, si bien son tareas que comprometen a todas las autoridades, han sido desarrolladas en forma predominante por institutos nacionales o por empresas públicas que se encuentran adscritas al Poder Ejecutivo, lo que amplía considerablemente el margen de maniobra política del jefe de Estado.

Igualmente, la prolongada situación de conflicto armado interno que padece Colombia ha nutrido aún más el protagonismo político del presidente de la República, ya que es él quien tiene la atribución, en exclusiva, de mantener el orden público y de restablecerlo, de adelantar las negociaciones de paz y de dirigir las operaciones de guerra. Asimismo, como se ha explicado, es el presidente quien puede declarar cualquiera de los estados de excepción (guerra, conmoción interior, emergencia económica, ecológica o social), lo cual le permite asumir temporalmente atribuciones legislativas que de ordinario corresponden al Congreso de la República.

Los presidentes colombianos tienen periodo fijo de cuatro años, y hasta el año 2004 no tenían posibilidad de reelección. Ésta era una importante construcción de nuestra vida civil. Las primeras Constituciones del siglo XIX establecían ya el periodo cuatrienal, y desde 1910 hasta 2004 hemos tenido siempre periodos presidenciales de cuatro años. Como excepciones a la regla, entre 1863 y 1885 tuvimos periodos presidenciales de dos años, que se cumplieron con rigor por quienes ocuparon el cargo, pero que no parecieran ser recomendables en los tiempos actuales, y durante el periodo de la regeneración (1886-1910) se estableció un periodo sexenal, con posibilidad de reelección, que también fue llevado a la práctica por Caro y Núñez, y del cual quedó *curado* el constitucionalismo nacional. Aunque quienes han sido presidentes usualmente aspiran a ejercer de nuevo el cargo, la democracia colombiana no ha mostrado, hasta el año 2005, signos de adhesión a esa posibilidad. Entre 1910 y 1991, época en la cual aunque estaba prohibida la reelección inmediata, pasados cuatro años, sí se podía aspirar de nuevo a la Presidencia; tan sólo un presidente fue elegido dos veces (Alfonso López Pumarejo, en 1934 y en 1942), aunque muchos otros aspiraron a ser reelegidos. A finales del año 2004, con indudable protagonismo del presidente en turno, se aprobó una enmienda constitucional que permite la reelección inmediata del pre-

sidente, por una vez. Esto instaura una dinámica nueva en el constitucionalismo colombiano, cuyos resultados aún no se pueden prever.

Por otra parte, las relaciones del presidente con el Congreso de la República, que están llamadas a ser de contrapeso y control mutuo, se han visto distorsionadas por diversos factores, entre los que cabe mencionar en primer lugar la erosión de los partidos políticos, lo que impide que en el Congreso se formen bancadas fuertes que puedan realmente hacer equilibrio al desmedido poder presidencial, así como, en los últimos años, por la estrategia de *acoso y derribo* a que se ha visto sometido el órgano parlamentario, del cual los grandes medios de comunicación presentan una imagen sórdida ante la opinión pública, y del cual los jueces hacen trizas, con un uso probablemente excesivo de sus atribuciones legales de destitución (pérdida de investidura) y de enjuiciamiento penal de los parlamentarios. Por contrapartida, la responsabilidad presidencial, tanto política como legal, son asuntos que en buena medida están aún por construir, aunque ciertamente la Constitución y las leyes establecen mecanismos y procedimientos para recabarla. Por fortuna, los actos presidenciales (decretos, decretos con fuerza de ley y otros actos de gobierno) son todos susceptibles de control por el Poder Judicial, y cualquier ciudadano puede solicitar su anulación, ya sea ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, cuando los considere contrarios a las leyes o a la Constitución.

C. Poder Judicial

La estructura orgánica del Poder Judicial en Colombia responde a un criterio de especialización por jurisdicciones, con varios órganos vértice, como a continuación se expondrá. La gerencia del Poder Judicial le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, órgano que además de encargarse de su presupuesto organiza los concursos para la selección de los jueces y funcionarios judiciales, y ejerce la vigilancia disciplinaria sobre aquéllos y los abogados en ejercicio.

La Constitución introduce el tratamiento del Poder Judicial con el establecimiento de las disposiciones generales que señalan por una parte los principios que rigen el ejercicio de dicho poder y por otra los requisitos y condiciones para ser elegido miembro de los altos tribunales. En cuanto a lo primero, se precisa que la administración de justicia es una

función pública, cuyas actuaciones son públicas, sus decisiones independientes, y en unas y otras prevalecerá el derecho sustancial. Adicionalmente, se establece, de manera explícita, como ingrediente garantista, el reconocimiento como derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia.¹³⁰

Cierra el catálogo de principios la declaración de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, y el reconocimiento de que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares. El clasicismo de este mandato no se compadece, empero, con lo que ha sido el ejercicio de la función pública durante los últimos años. A veces lento, a veces rápido, el derecho legislado, el derecho positivo como fundamento principal y exclusivo de las decisiones judiciales, ha ido dando paso a la introducción del derecho de precedentes, manifiesto principal desde la jurisprudencia constitucional y en particular desde la tutela formulada en los fallos de revisión que conoce la Corte Constitucional.¹³¹

Como elementos distintivos de las diferentes jurisdicciones, cabe mencionar que la primera reconocida por la Constitución es la ordinaria, en cuya cabeza se encuentra la Corte Suprema de Justicia, tribunal de casación de las sentencias en materia civil, de familia, agraria, penal y laboral, a parte de ser la instancia judicial que cumple la función de juzgar al presidente de la República, miembros del Congreso y otros altos funcionarios por la comisión de delitos comunes. A continuación se establece la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo máximo órgano es el Consejo de Estado, tribunal supremo de los procesos contencioso administrativos. Además de esta competencia, recoge la función residual de control abstracto de constitucionalidad para el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del gobierno de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo), no atribuidos a la Corte Constitucional. Por último, conviene destacar otras dos funciones de orden jurídico-político, desde las cuales se puede apreciar el híbrido afrancesado de la institución: por una parte conocer los procesos de pérdida de la investidura de los congresistas y por otra

130 Corte Constitucional, Sentencias C-893 de 2001, C-426 de 2002 y C-1195 de 2001.

131 López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000; López, Diego y Gordillo, Roberto, “Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia”, *Revista de Derecho Público*, Bogotá, núm. 15, diciembre de 2002.

actuar —mediante una sala especializada— como supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de la administración.

La jurisdicción constitucional, como creación propia de la carta de 1991, es la que ha resultado más relevante para el constitucionalismo contemporáneo. Aunque el sistema de control de constitucionalidad forma parte de la tradición jurídica colombiana, sólo en esta última Constitución se ha establecido una jurisdicción propiamente dicha con funciones de un órgano de cierre en cabeza de la Corte Constitucional. Tiene como función velar por la supremacía y conservación del texto fundamental, y, por lo mismo, es la encargada de conocer los asuntos que se tramitan por vía de acción pública de inconstitucionalidad, frente a los actos reformativos de la Constitución en principio sólo por vicios formales, frente a las leyes, los decretos con fuerza de ley expedidos por el presidente; proyectos de ley estatutaria, los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, los decretos legislativos expedidos con ocasión de los estados de excepción, todos ellos tanto por vicios materiales como formales; y las convocatorias a referendo o asamblea constituyente por vicios de procedimiento. Paralelamente, como expresión de su carácter de jurisdicción de la libertad, está facultada para revisar las sentencias de tutela proferidas por cualquier juez de la República.¹³²

Como se apuntará adelante, la supremacía constitucional está protegida por un sistema de control mixto, que incluye la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la función residual del Consejo de Estado que se acaba de apuntar, así como el poder de salvaguarda de la Constitución en lo que a sus derechos fundamentales refiere, ejercida a través del mecanismo de tutela que pueden conocer todos los jueces de la República. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha determinado en el derecho colombiano un giro interpretativo mayor, por el cual la Constitución es en verdad la *norma normarum*, y en esa medida todo operador jurídico en la creación, interpretación o aplicación de normas jurídicas está llamado a respetar y preservar en todo caso lo dispuesto en aquélla.

De allí que el sistema de fuentes del derecho se ha visto enriquecido, por cuanto las decisiones de la Corte Constitucional se pueden convertir en precedente judicial vinculante. Con razón se ha apuntado que con esta

¹³² Osuna Patiño, Néstor, “La importancia de la Corte Constitucional para la justicia colombiana”, *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 47-59.

institución se ha facilitado la introducción del nuevo derecho, debido a que la interpretación del ordenamiento jurídico como un todo se ha servido de teorías nuevas, de una apreciación más dinámica y comprometida por parte del juez. Por esta vía la propia Corte, y también la doctrina, reconocen la existencia de un sistema de derecho de precedentes,¹³³ a pesar de la tradicional adscripción del sistema jurídico colombiano al modelo romano-germánico de derecho codificado. Dicha doctrina novedosa y, en general, las implicaciones que supone la aplicación *en serio* del principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, ha impuesto entonces una redefinición del principio de autonomía del juez, el cual deja de ser un supuesto invencible, no sólo por lo que ello supone frente a la propia institucionalidad y el orden jurídico, sino especialmente por la protección y garantía que se impone respecto de los derechos fundamentales. Lo anterior ha determinado que las sentencias en firme puedan, de cara a circunstancias excepcionales, ser revisadas en sede de tutela y revocadas cuando quiera que contengan decisiones que se encuentren en abierta oposición con las normas aplicables al caso y comprometan derechos fundamentales, o cuando supongan un desconocimiento abierto del precedente judicial, sin que se avancen argumentos objetivos y suficientes para contrariarlos.¹³⁴ Esto no sólo hace referencia a la doctrina constitucional, sino que también se aplica respecto de los precedentes judiciales establecidos por las altas corporaciones, desde los cuales se asegura además la aplicación de los principios de igualdad y de seguridad jurídica.¹³⁵

Aparte de esta importante novedad, la Constitución de 1991 creó otras jurisdicciones especiales, orientadas a promover la participación a los diversos grupos étnicos y sociales dentro de los criterios de justicia y de administración de justicia, así como ofrecer alternativas de solución a conflictos de todos los ciudadanos. Éstas son: la jurisdicción de paz, según la cual algunos particulares administran justicia en equidad por voluntad de las partes sobre asuntos susceptibles de transacción, concilia-

133 López Medina, Diego, *op. cit.*, nota 92; *Teoría impura del derecho. Las transformaciones de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

134 Corte Constitucional, Sentencias T-123 de 1995, T-688 de 2003, T-698 de 2003 y T-340 de 2004, entre otras. Como manifestación de una teoría fuerte del precedente judicial, véase, asimismo, Corte Constitucional, Sentencias C-037 de 1996, T-175 de 1997, SU-640 de 1998, SU 168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000.

135 Corte Constitucional, Sentencias C-083 de 1995 y C- 252 de 2001.

ción o desistimiento por una menor cuantía,¹³⁶ y la indígena, en la cual algunas autoridades de pueblos indígenas ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Al lado de estas jurisdicciones está la justicia penal militar, que no es propiamente una jurisdicción, sino una manifestación del ejercicio del control disciplinario, pero que se encarga de investigar y juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo.

En esto último conviene extenderse en la jurisdicción especial indígena.¹³⁷ En efecto, conforme al reconocimiento que desde la Constitución se ha hecho de la diversidad étnica y cultural de la nación, así como de los derechos y garantías dispuestos para asegurar dicha condición, la Constitución política establece esta jurisdicción conforme a la cual las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales,¹³⁸ dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando se respete la Constitución y la ley.

En Colombia existen 81 grupos étnicos distribuidos en todo el territorio nacional con sus propias particularidades específicas, es decir, cada comunidad indígena cuenta con su propia organización social, política, religiosa y judicial. Por tanto, no podría definirse, en principio, de manera unívoca el concepto de autoridad indígena encargada de ejercer funciones jurisdiccionales. No obstante, se trata de autoridades que, según la especificidad cultural de cada comunidad indígena, tienen potestad de resolver conflictos y de regular la vida social. Así, algunas comunidades, como la Embera, tienen habilitación para juzgar homicidios, mientras

136 Cáceres Puentes, Dora Patricia, “Implicaciones de la justicia de paz en Colombia”, *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 365 - 377; Pearson, Annette, “Casas de justicia. Convivencia ciudadana y administración de justicia en comunidades locales de Colombia”, *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, cit., nota 132, pp. 377-393.

137 Solano González, Edgar, “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 181 y ss.

138 Sánchez Botero, Esther, “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”, en Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio (coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 159-199.

que en otras comunidades la extensión de la jurisdicción indígena es menor. Por otra parte, el artículo 246 de la Constitución no hace ninguna distinción respecto de las materias que deben conocer las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales, por lo cual podría afirmarse, en principio, que pueden conocer de cualquier asunto que tenga ocurrencia dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando esté previsto dentro de sus usos y costumbres.

En efecto, la jurisdicción especial indígena es una manifestación de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas en la Constitución política, cuyo ejercicio no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, pues en este caso la Constitución tiene efectos normativos directos, donde al legislador le corresponde, únicamente, la obligación de regular la forma de coordinar dicha jurisdicción con el sistema judicial nacional.

Ahora bien, pese a la omisión absoluta del Congreso en expedir la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional, en sucesivas sentencias de tutela, ha definido, por un lado, los límites que deben respetar las autoridades indígenas al imponer una sanción a uno de sus miembros, y, por otro, los elementos que constituyen la noción de fuero indígena, a fin de que los indígenas sean juzgados por sus propias autoridades de conformidad con sus usos y costumbres, en “aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.¹³⁹

En cuanto a los límites de la jurisdicción, la Corte en un principio consideró que la jurisdicción especial indígena debe respetar “todos los derechos fundamentales” consagrados en la Constitución política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.¹⁴⁰ Esta interpretación, sin embargo, antes que marcar la pauta de la doctrina constitucional sobre la materia, se altera con posterioridad, cuando se señala¹⁴¹ que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas. Todo lo anterior, de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena, impone entonces apelar a los conocimientos de los antropólogos, sociólogos, etnólogos y miembros de la

139 Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996.

140 Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994.

141 Corte Constitucional, Sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997.

respectiva comunidad indígena, a efectos de determinar el contenido propio del concepto de lo justo, injusto, lícito e ilícito.¹⁴²

Por lo que se refiere al fuero indígena, desde la doctrina constitucional se ha establecido que tal fuero posee, por una parte, un elemento personal según el cual “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”, y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”.¹⁴³ Sin embargo, dicho fuero también puede operar cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”, en la medida en que se pueda determinar que el sujeto agresor no entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa. En este caso el juez penal debe tener en cuenta como criterios de interpretación: si la conducta se encuentra sancionada sólo en el ordenamiento jurídico nacional, se habrá de evaluar si el indígena, al momento de la comisión del hecho punible, comprendía la ilicitud de su conducta, a fin de determinar en el caso concreto si es conveniente que éste sea juzgado y sancionado por la jurisdicción ordinaria, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos. Cuando la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos jurídicos, el intérprete deberá tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etcétera. Por último, y en atención a los criterios precedentes, el juez deberá eximir de responsabilidad al indígena o al miembro de un grupo culturalmente diverso cuando su conducta constituya un error invencible de prohibición culturalmente condicionado.¹⁴⁴

Como apunte final sobre la rama judicial, hay que señalar que también la integran por una parte, la Fiscalía General de la Nación, ente que desarrolla la etapa de investigación en los procesos penales, y que durante su

142 Gómez Valencia, Herinaldy, *De la justicia y el poder indígena*, Cauca, Universidad del Cauca, 2000.

143 Sentencia T-496 de 1996, donde se recalca que el juzgamiento del indígena opere bajo unos supuestos diferentes, esto es, ya no fundado en “un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas”, no bajo el supuesto de que la incomprensión de la conducta opera “producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas”.

144 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.

labor es acompañado por un *juez de garantías* encargado de adoptar en forma definitiva las decisiones en esta etapa procesal, acorde con los hallazgos probatorios realizados. Asimismo, el Consejo Superior de la Judicatura cierra el círculo de órganos con facultades judiciales, encargado de ejercer el control disciplinario y de la administración de la Rama Judicial (artículos 254 a 257 de la C.P.), con lo cual se instituye en garantía institucional para hacer efectivo el principio de autonomía e independencia de los jueces.

9. *Organismos de control*

Los filósofos liberales del siglo XVIII propusieron un modelo de inexpugnable coherencia teórica para asegurar que las actuaciones del Estado siempre consultaran la prudencia y fueran respetuosos de la libertad de los asociados. Así, este sistema, anclado en la tridivisión del poder político y en una relación de control y recelo mutuo por parte de cada una de las ramas del poder, sofocaría, desde su concepción, las decisiones arbitrarias que la concentración de poder en un solo órgano facilitaba.

No obstante, la práctica política ha enseñado, con el paso del tiempo, las profundas fisuras de este impecable modelo teórico. La emergencia de fenómenos como la corrupción, la magra fortaleza ideológica de los partidos políticos y la falta de compromiso por parte de los gobiernos, especialmente latinoamericanos, para promover escenarios políticos democráticos, han exigido la formulación de mecanismos de control diferentes que aseguren el carácter democrático de las decisiones del Estado, y que éstas, al mismo tiempo, consulten principios de eficiencia, economía y equidad.

Estas circunstancias han tenido gran resonancia en el ordenamiento político colombiano. Por tal razón, la Asamblea Nacional Constituyente, consciente de los abrumantes niveles de corrupción del país, aunado al nuevo compromiso de descentralización del ordenamiento territorial, lo cual exigía una fiscalización mucho más cuidadosa, ya no sólo en el nivel central, sino en las entidades territoriales, diseñó dos instituciones encargadas de asegurar el funcionamiento eficiente y ajustado a derecho de las entidades estatales: la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, compuesto a su vez por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

A. Procuraduría General de la Nación

El procurador general de la nación es, como lo dispone el artículo 275 constitucional, el supremo director del Ministerio Público. Durante la vigencia de la Constitución de 1886 el procurador, a pesar de llevar las riendas del Ministerio Público, ejercía sus funciones bajo la *suprema dirección* del gobierno.

En estos términos, las posibilidades reales de control sobre las actuaciones del Ejecutivo resultaban irrisorias, lo cual contrastaba con la urgente necesidad de control que se suscitó a propósito del uso excesivo que éste daba a facultades, como la declaración de estados de excepción y de la política de violación de derechos fundamentales, especialmente sangrienta durante los albores de la violencia en Colombia, que afectó, entre muchos otros, derechos políticos; la convergencia de estas circunstancias generó un ambiente de intolerancia que hacía imposible el debate democrático y que sirvió como caldo de cultivo para el crecimiento de la cruel espiral que hoy alcanza el conflicto armado interno.

El procurador general de la nación es elegido por el Senado de una terna integrada por candidatos propuestos por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. A pesar de que el periodo del procurador es de cuatro años, es posible su reelección, lo cual en la realidad política colombiana ha premiado las gestiones independientes que han defendido la vigencia de la Constitución.

La Constitución política ha otorgado a la Procuraduría un grupo nutrido de funciones que se puede organizar en tres categorías: 1) vigilar el cumplimiento de las normas que componen el universo jurídico colombiano;¹⁴⁵ en tal sentido, el procurador debe vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; 2) velar por la protección de los intereses difusos, que coinciden con los derechos colectivos, entre los que se encuentran, como ya se ha visto, el medio ambiente sano, la moralidad administrativa, entre otros, y 3) asegurar el buen funcionamiento del Estado y velar por el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos. En virtud de esta última atribución, la Procuraduría adelanta procesos disciplinarios contra los servidores públicos, que pueden terminar en una sentencia que ordene la separación del funcionario del cargo oficial.

145 Corte Constitucional, Sentencia C-977-02.

El amparo de los intereses de la sociedad y la vigilancia del cumplimiento de la Constitución demandan del procurador actuaciones positivas que defiendan estos preciosos bienes ante los centros de decisión política y jurídica del ordenamiento. En este sentido, el procurador está llamado a intervenir en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, actuando como guardián de los valores consagrados en la carta. Igualmente, debe actuar ante el Congreso de la República por medio de la presentación de proyectos de ley sobre los asuntos en los que la Procuraduría tiene competencia y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 278, tiene la facultad de exhortar al Legislativo para que las leyes que expida aseguren el respeto, la eficacia y la difusión de los derechos fundamentales.

A pesar de que la protección de la moralidad administrativa y la buena gestión del Estado ha sido garantizada por medio de otros mecanismos, como el control interno por parte de las mismas entidades públicas, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la Procuraduría un *poder disciplinario preferente*, en virtud del cual el procurador puede asumir investigaciones que se estén llevando a cabo en otras oficinas de control o en niveles inferiores dentro de la estructura de la Procuraduría.

En cuanto a la estructura, el constituyente de 1991 encomendó al legislador el establecimiento del esqueleto administrativo que utilizará la Procuraduría para el cumplimiento de sus funciones. De la misma manera confió a la ley el establecimiento de las condiciones que deben satisfacer las personas que pretendan trabajar en la Procuraduría y la fijación del régimen disciplinario al que deben adecuar su conducta. Como lo reconoció la Corte Constitucional,¹⁴⁶ a la Procuraduría no le corresponde un papel de convidado de piedra a este respecto, pues al procurador le corresponde hacer operativa esta estructura, fijar competencias y administrar dentro de los parámetros que fije el legislador.

B. Defensoría del Pueblo

Dentro del abanico de instituciones y acciones judiciales ideadas por la Constitución para dar eficacia al mandato de supremacía de los derechos fundamentales, consagrado en el artículo 5o. de la carta, la Defensoría del Pueblo, inspirada en la figura del *ombudsman* del sistema jurí-

146 Corte Constitucional, Sentencia C-178-97.

dico sueco, tiene enorme importancia. El defensor del pueblo es elegido cada cuatro años por la Cámara de Representantes, de una terna de candidatos elaborada por el presidente de la República. Al defensor del pueblo se le ha encomendado velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos fundamentales. De acuerdo con este mandato genérico, la defensoría desarrolla, principalmente, tres funciones: la primera responde a una función educativa, en virtud de la cual el defensor debe adelantar campañas de promoción y divulgación de la Constitución y de los derechos humanos.

En segundo lugar se encuentra la defensa de los ciudadanos, lo que hace del defensor una especie de mediador entre aquéllos y la administración pública. Para cumplir con esta función, la Defensoría cuenta con mecanismos adecuados para atender los reclamos de los ciudadanos con la celeridad, rapidez e inmediatez que requiere la protección de sus derechos e intereses. En ejercicio de esta función, el defensor del pueblo puede interponer acciones populares en representación de grupos de ciudadanos, así como acciones de tutela y *habeas corpus* a favor de personas que no puedan promover de manera directa la defensa de sus derechos.¹⁴⁷ Igualmente, el defensor del pueblo puede presentar al Congreso proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia, demandar ante la Corte Constitucional leyes que limiten o estropeen la vigencia de los derechos fundamentales, y solicitar a la Corte Constitucional la revisión de tutelas que considere relevantes. Finalmente, dentro de esta función de protección, la Defensoría del Pueblo tiene el encargo especial de velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores. Por último, el defensor tiene una importante atribución relacionada con la formación de opinión pública, la cual es, sin duda, la más importante de sus atribuciones, aunque sea a la vez la más difusa. El defensor tiene el poder de denuncia pública, esto es, el encargo de poner en conocimiento de la sociedad las violaciones de derechos humanos y señalar las dificultades que encuentre para su plena realización. Mediante esta vocería se espera que el defensor del pueblo constituya uno de los motores de la sociedad en la construcción de tejido social, de respeto y de convivencia civilizada. No obstante, el defensor del pueblo no tiene ningún poder punitivo. Por ello, el defensor goza de una cierta naturaleza bifronte: por una parte, es una autoridad del Estado, y por tanto, las instituciones pú-

147 Corte Constitucional, Sentencia T-331 de 1997.

blicas tienen el deber de cooperar con él; pero por la otra, carece de poder coactivo, lo cual, de algún modo, lo libera de complicaciones burocráticas y de formalidades procedimentales y lo acerca a la posición de los ciudadanos.

En medio del conflicto armado interno la Defensoría ha dirigido su energía institucional, en los años recientes, hacia la búsqueda de mecanismos que contrarresten la situación de indefensión en que se encuentra la población civil. Así, el empleo del “sistema de alertas tempranas”, que denuncia con anterioridad las amenazas que se ciernen sobre sectores desprotegidos, ha servido para evitar ataques sobre la población civil por parte de los grupos armados, y para poner en conocimiento de la administración pública y de la opinión, situaciones graves de derechos humanos que requieran atención inmediata del Estado.

El mandato genérico de protección de derechos fundamentales otorgado a la Defensoría del Pueblo, supone verificar la actuación de todos los agentes que eventualmente violen estas garantías. El Estado, a pesar de tener como fin fundamental y supuesto de validez de existencia la protección de los derechos humanos, puede infringir, y de hecho ha infringido, derechos humanos, tal como lo indican varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han declarado la responsabilidad del Estado colombiano.

No obstante, la Defensoría del Pueblo no cuenta con la autonomía que requiere esta trascendental misión de control, toda vez que el ejercicio de sus funciones debe llevarse a cabo bajo la dirección de la Procuraduría General de la Nación. A su vez, la Defensoría depende del gobierno central, puesto que la elección de los funcionarios que se desempeñen en la Defensoría corresponde a la administración y, como si fuera poco, es ésta la entidad que aprueba el presupuesto de funcionamiento que presente la Defensoría.

C. Contraloría General de la Nación

Orientada por los mismos principios de autonomía e independencia que gobiernan el Ministerio Público, la Contraloría General de la República realiza el control de la gestión fiscal de la administración.

En nuestro ordenamiento constitucional, el bien protegido por la Contraloría es, de manera genérica, el patrimonio del Estado; en tal sentido, la Contraloría no sólo fiscaliza la actuación de los entes estatales, sino

que se extiende a los particulares que participan en el manejo de fondos públicos.

La Constitución encargó a la Contraloría varias funciones específicas: establecer y unificar la metodología que deben seguir las entidades públicas y privadas que manejan fondos públicos, de tal manera que facilite y haga eficiente la evaluación de su gestión fiscal, llevar el registro de la deuda pública de la nación y de las entidades territoriales y, por último, adelantar los procesos de responsabilidad fiscal contra los servidores públicos y particulares que manejen fondos públicos. Dentro de esta atribución se encuentra la facultad de exigir de estas personas información sobre el estado de la gestión fiscal que lleven a cabo, aun fuera del marco de un juicio de responsabilidad fiscal.

Con el objetivo de no entorpecer el funcionamiento del Estado, la Constitución ha ordenado que el control se realice de manera posterior y selectiva. No obstante, este principio ha sido matizado por la jurisprudencia constitucional, con el objetivo de evitar que ocurran graves desfalcos o que, por medio de las actuaciones fiscales, se vulneren derechos fundamentales.

Debido al gran volumen de actuaciones que la Contraloría está llamada a controlar, y bajo la idea de optimizar el control fiscal, la Constitución previó la posibilidad de delegar la función de vigilancia en empresas privadas, siempre que tales empresas sean colombianas escogidas por concurso público de méritos y que su elección cuente con la aprobación previa del Consejo de Estado.

10. *Organismos y funciones del Estado: la Constitución económica*

La Constitución económica, en su sentido más formal, se encuentra en el título XII, titulado *Del régimen económico y de la Hacienda pública*. Este título contiene las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico o esa parte del texto fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados. Asimismo, hay que incluir otros ingredientes sustanciales y necesarios para la comprensión de eso que viene a ser la economía en la Constitución, como los principios fundamentales

de la Constitución (definición del Estado, fundamentos, fines esenciales, objetivos, soberanía democrática, supremacía constitucional, primacía de los derechos fundamentales, soberanía externa y principio de integración, pluralismo), los derechos económicos individuales (derecho al trabajo, libertad de trabajo o libre escogencia y ejercicio de profesión u oficio, derechos de propiedad, libertad económica y ámbitos del servicio público en el que pueden participar los particulares —educación y salud—), y derechos económicos colectivos (libertad sindical, derecho de huelga, derechos de los consumidores en todas sus expresiones, derecho de la competencia y derechos medioambientales). El cuadro de la Constitución económica lo completan aquellas disposiciones en las que se establecen competencias de orden económico entre las entidades nacionales y las autoridades de los entes territoriales.

Las bases que definen la Constitución económica colombiana son la definición de la libertad económica como derecho constitucional y la cláusula general de intervención del Estado en la economía.¹⁴⁸

Desde la consagración de la libertad económica se aprecia la forma como se contempla a la economía de mercado, en tanto sistema abierto, coherente y compatible con la parte dogmática constitucional y con la finalidad última de que sean efectivos los derechos, las libertades y los demás principios constitucionales. Esto significa que el sistema económico constitucional sólo puede disponer de los modelos y políticas públicas económicas y tipos de organización económica (de los factores de producción y de los agentes y operadores económicos, de las condiciones del mercado, del control del mercado) que representen lo liberal y mercantil que le es propio, pero también, y con ello, otros principios derivados de su interacción con el Estado constitucional y democrático: respeto a los derechos y libertades, principio *favor libertatis*, principio *pro igualdad* o de la competencia económica, unidad de mercado y pluralidad de actores, intervención pública, noción constitucional de desarrollo, progreso y crecimiento, como valoraciones económicas básicas.

La Constitución ha sido prolija en la descripción de la libertad económica, y desde allí, en el refuerzo al principio liberal: libre iniciativa y actividad económica protegida con la garantía reforzada de los derechos fundamentales. Todo ello con un minucioso llamado a las posibles limi-

¹⁴⁸ Julio Estrada, Alexei, “Economía y ordenamiento constitucional”, *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 171 y ss.

taciones que podrán disponerse a efectos de que el ejercicio de la libre empresa y de la actividad económica se despliegue en el marco del bien común, de las responsabilidades que su ejercicio conlleva, de la función social empresarial, de las exigencias que imponga el interés social, ambiental y del patrimonio cultural.

El principio general de intervención, al disponerse la dirección general de la economía a cargo del Estado, es un componente de amplia significación, más en especial, es expresión inequívoca e instrumentalizada del concepto de Estado como social de derecho. Una intervención que tiene como objetivos tanto el fortalecimiento del principio liberal (necesidad de que se protejan los intereses públicos como condición determinante del mercado, de incentivos a la libertad económica como vía para alcanzar los ideales constitucionales), pero también, claro está, que contempla otras formas y medidas de intervención llamadas a controlar las externalidades e imperfecciones del mercado, sus abusos y sus desequilibrios para actuar como instancia que tiene a su cargo la protección de los intereses públicos, de esa parte que la sociedad necesita sanar, preservar y proteger como esencia de la unidad social y de la convivencia. El Estado que interviene para procurar los mínimos y los máximos de igualdad necesarios que el modelo constitucional reclama para acabar y alcanzar sus propósitos libertarios, igualitarios y solidarios.

No es, por tanto, conforme la Constitución que la intervención sea una potestad pública, sino un imperativo, que es a la vez atributo propio del funcionamiento (más correcto posible) del mercado, a través de cualesquiera técnicas o procedimientos generales o específicos en la totalidad de los momentos del ciclo económico: desde la utilización de los recursos naturales y el uso del suelo hasta el propio consumo de los productos, para bienes y para servicios de cualquier tipo. En lo demás, está claramente dispuesto el cuadro teleológico al cual deben apuntar las medidas adoptadas, que se pueden agrupar en dos variedades: una de orden social (mejoramiento de la calidad de vida, distribución equitativa de oportunidades y beneficios del desarrollo, acceso efectivo de todos, en particular los de menos recursos a los bienes y servicios básicos, promoción del desarrollo armónico de las regiones, preservación del medio ambiente) y otra de orden estrictamente económico (racionalizar la economía, promover la productividad y la competitividad).

La interpretación en conjunto de estas dos cláusulas centrales del orden económico, la libertad y la intervención, determinan muy a las claras

la denominada neutralidad de la Constitución económica, pero también la rigidez de principios, como quiera que se admiten muchas opciones y respuestas posibles pero dentro de unos límites concretos. Un régimen en el que la realidad económica, en particular la economía pública, debe proteger cuanta libertad sea posible y cuanta intervención sea necesaria para alcanzar el más elevado nivel de eficacia de los derechos fundamentales, de calidad de vida y de concepto de dignidad humana, como parámetros de la legitimidad de los poderes públicos y privados. Y aunque las tendencias de la época parecieran reducir el espectro de opciones que caben dentro del Estado social de derecho, y sobre todo concentrarse a las políticas encaminadas a fortalecer los mecanismos de mercado como exigencia determinista, lo cierto es que, lo que la Constitución económica reclama es un sistema que sólo exige, que ya es mucho, *optimizar* las condiciones del Estado constitucional; esto es, que se haga efectivo, en el grado más alto posible, la multiplicidad de valores, derechos e intereses constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que este concepto es cierto, verificable y revisable, la interpretación de todas las disposiciones de la Constitución económica y de las normas que en desarrollo suyo expide el Congreso se ha efectuado por la doctrina constitucional bajo la lente de la democracia representativa, desde el que se considera como instancia legítima de decisión, con amplio poder de configuración normativo, al Poder Legislativo. Un poder cuyo reconocimiento ha supuesto el empleo generalizado, aunque con notables excepciones,¹⁴⁹ del juicio débil de constitucionalidad para el juzgamiento de las normas legales que intervienen en materia económica.

Las herramientas que contempla la Constitución económica formal son las que aparecen en los capítulos siguientes del título XII: el plan de desarrollo, el presupuesto, la distribución de los recursos en el ámbito te-

149 Uprimny Yespes, Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a la economía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, Bogotá, 2001; Pérez Salazar, Mauricio, “Razones y sinrazones de un debate: la crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 13, diciembre de 2003, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; Cuéllar de Martínez, María Mercedes, *La Constitución y la prueba de razonabilidad. Casos específicos: gasto público, el estado social de derecho, evolución de las sentencias, el gasto social y su financiamiento, la prueba de razonabilidad y la seguridad jurídica, limitación de poderes*, Bogotá, Documentos CEDE, núm. 41, julio de 2005, Universidad de los Andes, 2005.

ritorial, la noción de servicio público y las competencias de la banca central. Con ellas, como instituciones jurídicas y competencias, se debe procurar la realización más adecuada de la tensión libertad económica-inversión, y en definitiva de los fines del Estado social de derecho.

El plan de desarrollo se presenta como la primera figura de orden normativo y programático con que cuenta el Estado para la ordenación económica. Compuesto de un plan indicativo y de un plan obligatorio, este instrumento gerencial tiene prelación sobre las demás leyes.¹⁵⁰ Mas, al mismo tiempo y no obstante la muy expresiva ordenación del artículo 366, que impone la existencia de un gasto público social que debe ser incluido en planes y presupuestos, prioritario sobre cualquier otra asignación, aquella misma ha entendido de un modo muy laxo que el cumplimiento del carácter prioritario no se puede determinar a través de “cifras mínimas ni porcentajes forzosos respecto de los cuales pudiera llevarse a cabo un cotejo aritmético”.¹⁵¹ Por eso, a falta de una norma positiva que establezca un *quantum* sobre lo que significa un tratamiento prioritario, es que encuentra “descabellado pensar” que el juez constitucional pueda juzgar la realización de esa exigencia. Caben sí, se dice retóricamente, las responsabilidades sociales del Estado cuando se excluyan “totalmente las partidas relativas al gasto público social, o hicieran prevalecer sobre las mismas otras asignaciones”, con lo que la protección constitucional, iusfundamental del concepto gasto público social se reduce a la salvaguarda de su extrema abolición, del núcleo esencial objetivo de la figura.

El presupuesto público es un instrumento derivado de la planeación, que como acto de autoridad soberana por la cual se aprueba un programa previo sobre los ingresos y los gastos públicos. Su definición jurídica está sujeta a tres principios básicos: de legalidad, y más propiamente de representación, universalidad y anualidad. Se compone de ingresos (corrientes, recursos de capital, contribuciones parafiscales, fondos especiales) y de gastos (en especial los de inversión o funcionamiento y de nuevo, el gasto público social). Los ingresos, en todo caso, deben ser reflejo del sistema tributario y de sus principios: equidad, eficiencia, progresividad, carácter no retroactivo de los tributos (artículo 363). Y en lo demás, la acabada descripción de las rentas públicas nacionales, de las garantías financieras de los presupuestos de las entidades territoriales, de las exi-

150 Corte Constitucional, Sentencias C-254 de 1996 y C-557 de 2000.

151 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 1996.

gencias del gasto público social prioritario.¹⁵² Se trata, en efecto, de limitaciones en veces técnicas y en veces dogmáticas, que no se convierten en todo caso en camisas de fuerza para el Ejecutivo, ni que por lo demás determinan un talante social preferente de la gestión pública.¹⁵³

Con atención de todas esas disposiciones, a las que se establecen en la Ley Orgánica del Presupuesto y en el Plan de Desarrollo, debe proponerse el proyecto de ley anual de presupuesto por parte del gobierno nacional. La discusión del mismo proyecto en el Congreso de la República está sujeto a una serie de restricciones encaminadas a mantener el equilibrio entre ingresos y gastos, a evitar el incremento de las apropiaciones para gastos generales no previstos en la Constitución y de las rentas nacionales que se transfieren a las entidades territoriales. Un esquema semejante debe surtir en las entidades territoriales.

El tercer concepto con el que se instrumentalizan los principios de la economía constitucional es el de servicio público. Cuatro elementos importantes pueden describir su talante como función del Estado: ser inherentes a la finalidad social de Estado, poderse prestar por el Estado y por los particulares en régimen jurídico especializado, en parte sujeto a la competencia económica, poder decretarse, de manera excepcional y con todas las garantías para quienes poseen derechos e intereses comprometidos, la reserva de sector público,¹⁵⁴ la obligación de que el Estado, en todo caso, mantenga la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. La inserción de esta noción en el estudio de lo público es hasta el momento inacabada, y persevera en su interpretación un entendimiento de *servicio público* como ejercicio de un *poder público*, cuando precisamente el cambio lo que hace es renovar la posición de quien presta servicio, que no es autoridad ni es empresa, que es un intermediario con el cual se satisfacen intereses y necesidades generales y comunitarias.¹⁵⁵

La última herramienta constitucional prevista para actuar sobre la economía y la estructura y comportamiento que de ella se aspira es la de la

152 Palacio Rudas, Alfonso, *El Congreso en la Constitución de 1991. Del edificio Félix al Centro de Convenciones*, Bogotá, Tercer Mundo, 1992; Restrepo, Juan Camilo, *Hacienda pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

153 Corte Constitucional, Sentencias C-809 de 2002 y C-734 de 2002.

154 Montaña Plata, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

155 Sánchez, Carlos Andrés y Villegas, Lorenzo, “Regulación de los servicios públicos: redefinición constitucional del Estado colombiano”, *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Legis, 2001, pp. 105 y ss.

institución de la banca central, y en particular de la autonomía de su junta directiva. En efecto, dando cuenta de una inclinación hacia el modelo monetarista se le encarga al Banco de la República ejercer las funciones de banca central, y en ese tanto regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito. Su poder, que es mucho, se ejerce de conformidad con la política económica general y con unas reglas generales que establece el legislador (artículo 150, 22). Por esto es que se ha dicho que si bien en la Constitución económica colombiana se ha configurado un régimen de autonomía para la banca central, que en determinados casos incluso ha determinado la inconstitucionalidad de normas legales que regulan su poder y su desempeño, por atentar contra los poderes que por decisión constituyente se han conferido a esa entidad especializada,¹⁵⁶ también se ha establecido que no se trata de un poder soberano o absoluto, y por tanto sus decisiones pueden ser consideradas como enteramente legítimas de restricciones y limitaciones a las mismas, establecidas por el legislador en procura de la realización de los fines generales.

11. *Ordenamiento territorial*

La Constitución no contiene una definición unívoca del sistema que informa el ordenamiento territorial colombiano. Debido a la variedad de propuestas presentadas en la Asamblea Constituyente y a la dificultad de alcanzar acuerdos concretos que superaran la calidad de directrices abstractas, la Constitución reunió una serie de principios básicos y encomendó al legislador el desarrollo del tema, mediante una ley orgánica, que hasta la fecha y a pesar de las numerosas iniciativas presentadas, no ha sido expedida. Así, el Estado colombiano, en el artículo 1o. de la Constitución, es definido como un Estado social de derecho organizado bajo la forma de República unitaria descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales.

Esta cláusula definitoria del modelo estatal colombiano refleja el estado actual del debate político constitucional, que desde los orígenes de la República ha suscitado la definición de nuestro ordenamiento territorial.

156 Santaella Quintero, Héctor, *La configuración del régimen normativo de la banca central en la Constitución de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 56 y 57; Cuevas, Homero, “La autonomía extrema del Banco central en Colombia”, *Revista Economía Institucional*, Bogotá, núm. 5, 2001.

Desde la Constitución de 1821 la elección de un modelo de organización territorial ha sido el escenario de una pugna entre dos modelos ampliamente conocidos: centralismo y federalismo, sin que hasta los tiempos actuales Colombia haya podido decidir cuál es el régimen territorial definitivo para su organización institucional. En la segunda mitad del siglo XIX se ensayó el sistema federal, y con posterioridad, como reacción, el centralismo a ultranza. Diversas dosis de descentralización política y/o administrativa también se han puesto en vigencia, con resultados más bien desalentadores.

En cualquier caso, la definición consagrada en la Constitución proclama como principio rector el carácter unitario de la República; no obstante, a renglón seguido establece dos principios que menguan, o redefinen, el concepto de unidad como elemento definitivo del sistema de organización del territorio: descentralización y autonomía de las entidades territoriales.

La autonomía territorial consiste en la facultad que tienen las entidades territoriales de “darse sus directivas y regirse por sus estatutos de acuerdo con la ley”.¹⁵⁷ Esta autonomía se desagrega, según la Constitución, en cuatro potestades: gobernarse por autoridades propias; ejercer las competencias que les correspondan; administrar los recursos y establecer los tributos que requieran para el ejercicio de sus funciones,¹⁵⁸ y participar en las rentas nacionales. En este sentido las entidades territoriales son verdaderos centros de decisión política y tienen alguna independencia, salvedad hecha de asuntos como la definición de las políticas de seguridad, que por disposición constitucional corresponden al gobierno central.

Son entidades territoriales los departamentos, los municipios y los distritos; además, la Constitución confirió al legislador la posibilidad de crear regiones, provincias y territorios indígenas que tendrán también naturaleza de entidades territoriales, si algún día son creadas.

Dentro de estos ámbitos territoriales el municipio tiene especial importancia, pues es la célula fundamental de la división político-administrativa del Estado,¹⁵⁹ con atribución para la prestación de los servicios públicos y para actuar como impulsor del desarrollo económico, social y cultural. Ahora bien, a pesar de que el planteamiento del ordenamiento

157 Corte Constitucional, Sentencia T-517 de 1992.

158 Corte Constitucional, Sentencias C-004 de 1993 y C-335 de 1996.

159 Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 1995.

territorial se funda en una inusitada esperanza en los municipios, los departamentos siguen ostentando un importante papel en el cumplimiento de los fines del Estado en el territorio.¹⁶⁰

En cuanto a los territorios indígenas, a pesar del estado embrionario de su desarrollo legal, se tiene que a partir del reconocimiento y protección de su identidad cultural, la Constitución dispone que en los territorios indígenas la autoridad administrativa es ejercida por un consejo elegido de acuerdo con los usos y costumbres de cada pueblo. Básicamente, la atribución de funciones y responsabilidades es la misma hecha a los municipios; no obstante, el tratamiento especial consiste en la ampliación, fundada en la intención de proteger y promover su identidad cultural, del concepto de autonomía, que se refleja, por vía de ejemplo, en la posibilidad de administrar justicia en su territorio de acuerdo con sus costumbres y valores jurídicos; finalmente, este especial tratamiento se hace evidente en el caso de la consagración de ciertos derechos fundamentales especiales que se cimientan en la especial relación que tienen los indígenas con el territorio.¹⁶¹

Para las finanzas de los entes territoriales, el constituyente de 1991 propició el establecimiento de un modelo de organización estatal de tipo descentralizado, que reivindicaría el papel de las entidades territoriales en la gestión del poder público (artículo 2o.). Para esos efectos, los gobiernos locales debían contar con recursos suficientes que permitieran cubrir los gastos básicos de su funcionamiento (artículo 287).

La manera de respaldar la puesta en marcha de estas nuevas competencias locales fue la creación de un sistema de financiación a partir de transferencias de recursos del ámbito central, específicamente, de los ingresos corrientes del gobierno nacional,¹⁶² con destino a los gobiernos te-

160 Hernández Becerra, Augusto, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

161 En tal sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-620 de 2003, sostuvo que el Convenio 169 de la OIT consagra el derecho fundamental que tienen los indígenas a ser consultados y tenidos en cuenta en el proceso de toma de decisiones que afecten el territorio en el que habiten.

162 Artículo 358 de la Constitución. Asimismo, Corte Constitucional, Sentencias C-1072 de 2002, C-308 de 1994, C-423 1995 y C-892 de 2002, entre otras. En la doctrina, véase, Restrepo, Juan Camilo, *Hacienda Pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 215.

ritoriales.¹⁶³ Estas transferencias estaban divididas en dos grandes cuentas: la primera, denominada *situado fiscal* (artículo 356, original) estaba asignada a los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los Distritos Especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla para la atención directa, o por medio de los municipios, de los servicios de salud y educación; y, la segunda, conocida como *participaciones municipales* (artículo 357) financiaba las áreas prioritarias de inversión social establecidas en la ley, que según los artículos 21 y 22 de la ley 60 de 1993¹⁶⁴ comprendían la vivienda social, el agua potable y el saneamiento básico, los subsidios, la justicia, la recreación y la cultura, entre otros.

El diseño constitucional de este sistema dual de giros presupuestales, creado con el propósito de garantizar la eficaz prestación de los mencionados servicios y, sobre todo, de lograr la sostenibilidad económica de las entidades territoriales, fue soportado en una fórmula matemática que, a largo plazo, generó una profunda crisis fiscal en la economía colombiana.

La ecuación era la siguiente: el situado fiscal, conforme con el artículo 10 de la ley 60 de 1993, era un porcentaje creciente de los ingresos corrientes de la nación, que inició con un nivel del 23% de los mismos para el año de 1994, y que debía reajustarse anualmente hasta llegar a un nivel que permitiera atender adecuadamente los servicios para los cuales estaba destinado. Sin embargo, los cálculos fueron errados y la economía nacional no continuó creciendo al ritmo experimentado en la época constituyente.¹⁶⁵ A mediados y finales de la década de los noventa el país sufrió una recesión económica que se tradujo en una considerable reducción del consumo y, por ende, en el recaudo de tributos nacionales como el IVA, razón por la cual los ingresos corrientes de la nación se vieron disminuidos dramáticamente. Pese a lo anterior, el mandato de la Constitución era ineludible, y cada año debía aumentarse el monto de las transferencias territoriales, ignorando que cada vez más los ingresos decrecían. La situación fue denunciada ante el Congreso de la República de la siguiente manera:

163 *Gacetas* del Congreso de la República núm. 434 de 2000, 488 de 2000 y 449 de 2000, informes de ponencia al proyecto de acto legislativo 01 de 2000 Senado - 120 de 2000 Cámara.

164 Derogada por la ley, de la ley 715 de 2001.

165 *Gaceta* del Congreso de la República núm. 488 de 2000, p. 2 y ss.

...[l]os balances del Gobierno Nacional Central... muestran que durante el período 1990-1999 los ingresos aumentaron en 2.4 puntos del PIB después de cinco reformas tributarias. Los gastos corrientes, por su parte, crecieron 9.3 puntos... por lo que se pasó de un ahorro corriente positivo, a principios de la década, a un ahorro corriente deficitario en cerca de seis puntos del PIB en 1999. La dinámica fiscal permite concluir que, de continuar esta tendencia, el Gobierno no podrá estabilizar su situación fiscal en el futuro cercano.¹⁶⁶

Similar problema existía con las participaciones departamentales. Su cálculo se hacía a partir de una fórmula ajena a los recursos obtenidos en un determinado periodo fiscal, y se limitaba a establecer que un porcentaje mínimo inicial del 14%, de los ingresos corrientes de la nación, para el año de 1993, debía ser reajustado hasta lograr el 22% de los mismos en el 2002, según las voces de la Constitución.

De esa forma, las transferencias a las entidades territoriales, compuestas por el situado fiscal, las participaciones municipales y, adicionalmente, por el Fondo de Crédito Educativo y de recursos adicionales para la salud, creado para cubrir el déficit, pasaron de representar el 29% de los ingresos corrientes en 1990 a representar el 49% en el año 1999.¹⁶⁷ Además, la situación era desalentadora pues cualquier esfuerzo fiscal por reducir el gasto y aumentar las rentas implicaba, necesariamente, el aumento paralelo en las sumas a girar a las entidades territoriales.

Todo esto llevó a la presentación de un proyecto de reforma constitucional que desligara el porcentaje que debía transferirse a las autoridades locales, del total de los ingresos obtenidos por el gobierno nacional, en el año fiscal anterior, y que, igualmente, desechara la fórmula inamovible que imponía su incremento anual, aun en los eventos donde se registrara un crecimiento económico con balances negativos.¹⁶⁸

El resultado fue la creación de un régimen de transferencias a las entidades territoriales, expedido mediante el acto legislativo 01 de 2001, denominado sistema general de participaciones, que reagrupó las cuentas existentes y ajustó su cálculo con variables reales ligadas al desempeño de la economía nacional.

166 Exposición de motivos al proyecto de acto legislativo 012 de 2000 Senado, *Gaceta del Congreso* núm. 434 de 2000.

167 *Idem*.

168 Informe de ponencia al proyecto de acto legislativo núm. 012 de 2000 Senado - 120 de 2000 Cámara, *Gaceta del Congreso* núm. 488 de 2000, p. 2.

Este nuevo modelo de financiamiento de la descentralización, desarrollado en su parte general por la ley 715 de 2001, cuenta con las siguientes características: 1) acaba con la separación de los recursos y las competencias que existen entre el nivel departamental o distrital, y el municipal o de territorios indígenas. Esto no significa que actualmente existan concurrencias en cuanto a la prestación de los servicios básicos a cargo de estas entidades, por el contrario, todas ellas, incluyendo al gobierno central, hacen parte de un sistema integral que busca garantizar la efectiva y eficiente satisfacción de las necesidades públicas;¹⁶⁹ 2) la fórmula para determinar las sumas que se trasladan a las regiones se basa en el promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la nación durante los cuatro años anteriores.¹⁷⁰ Entonces, será el rendimiento de la economía nacional, reflejada en el aumento de la recaudación tributaria y el eficiente gasto público, el factor determinante de transferencias superiores hacia las entidades territoriales. Ahora bien, se estableció un periodo de transición de siete años, entre el 2002 y 2008, en el cual el monto de las participaciones será calculado a partir de la tasa de inflación registrada, más un porcentaje fijo adicional del 2% los primeros cuatro años y 2.5% para los tres restantes, con el objeto de estabilizar las finanzas públicas y acabar con el incremento desmedido que se venía viviendo por mandato constitucional;¹⁷¹ 3) establece la *no regresividad* en cuanto al monto de las transferencias, que tiene como base el porcentaje máximo que lograron alcanzar hasta antes de la vigencia de la reforma constitucional,¹⁷² y, por último, 4) flexibiliza el régimen constitucional de asignación de recursos, pues, a diferencia del sistema original de 1991, califica como *prioridad*, mas no como *obligación*, la destinación de los ingresos por participaciones al financiamiento de los servicios de salud y de educación básica.¹⁷³ De esta manera se concede un mayor margen de gobernabilidad a las autoridades territoriales, quienes ahora podrán consultar las necesidades especiales de su región al momento de ordenar el gasto local.

169 Cfr. Ley 715 de 2001, cuando regula las competencias en materia de educación básica, artículos 5o., 6o., 7o. y ss.

170 Inciso primero del artículo 357 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 01 de 2001.

171 Parágrafo transitorio 2o. del artículo 357 de la Constitución, modificado por el acto legislativo 01 de 2001.

172 Artículo 356 de la Constitución.

173 Inciso cuarto, artículo 356 de la Constitución.

12. *Supremacía de la Constitución*

La Constitución de 1991 estableció de manera expresa el principio de supremacía de la Constitución en su artículo 4o. Esa consagración implica que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico interno, a la cual están sometidas las demás disposiciones del sistema normativo. Además de ser condición de validez del resto del ordenamiento, la Constitución es una verdadera norma jurídica, lo cual tiene especial relevancia en cuanto a la eficacia directa de los derechos fundamentales.

A pesar de que la rigidez de un texto constitucional no depende del reconocimiento de su supremacía, estos dos conceptos tienen una importante relación. A propósito de la rigidez, la Constitución establece un procedimiento exigente para llevar a cabo su reforma, con el objetivo de que sus principios y reglas no sean modificados por el legislador mediante el trámite ordinario que se sigue para la expedición de leyes.

El deber de obediencia a la Constitución se extiende, por mandato del artículo 6o., a los órganos del Estado y a los particulares. De tal manera, además de la clásica función de referencia que tiene frente a la ley, la Constitución colombiana tiene una virtud de penetración en las relaciones entre los individuos que se ha difundido gracias a la abundante jurisprudencia constitucional en este sentido, y ha jugado un importante papel para consolidar la eficacia de los derechos fundamentales.¹⁷⁴

Uno de los corolarios más importantes del principio de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, es la existencia de una Corte Constitucional encargada de proteger la integridad y supremacía de la Constitución. En virtud de su encargo, esta Corte tiene las atribuciones de expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones legales contrarias a la Constitución y de proteger, en instancia suprema, los derechos fundamentales de los colombianos. Para el ejercicio de la primera atribución, el ordenamiento colombiano establece la existencia de una acción pública de inconstitucionalidad, sobre la que se tratará con detalle más adelante.

De manera paralela al control que ejerce la Corte Constitucional sobre las normas con fuerza de ley, el Consejo de Estado (tribunal supremo de lo contencioso administrativo) tiene atribuciones para enjuiciar la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno y la administra-

174 Al respecto véase, Julio, Alexei, *La eficacia de los derechos, cit.*, nota 31, p. 154.

ción y los actos con fuerza de ley cuya competencia no esté asignada a la Corte Constitucional.

Otra garantía de la supremacía de la Constitución es la *excepción de constitucionalidad*, en virtud de la cual los operadores jurídicos deben abstenerse de aplicar una ley que sea visiblemente contraria a la Constitución, y en su lugar, aplicar de modo directo la disposición constitucional infringida.

Es por ello que se afirma que en Colombia el control de constitucionalidad es de naturaleza mixta, toda vez que toma del modelo del control concentrado la existencia de un tribunal específico que se encarga de la guarda de la Constitución, con atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, a la vez que concede a los jueces y tribunales, así como a las autoridades administrativas, la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, típica del control difuso de constitucionalidad.

Ahora bien, no sería completa la exposición de lo que en el constitucionalismo colombiano contemporáneo se entiende por supremacía de la Constitución, sin hacer referencia a la idea del *bloque de constitucionalidad*,¹⁷⁵ en virtud del cual se entiende que en el ordenamiento jurídico colombiano el abanico normativo de la Constitución no se agota en las disposiciones recogidas en el documento que las comprende, sino que además del articulado constitucional, algunos tratados internacionales y algunas leyes, tienen rango constitucional, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

La incorporación de la figura del bloque de constitucionalidad, operada por la jurisprudencia constitucional, se dio a partir de la necesidad de conciliar dos normas constitucionales que se encuentran en aparente contradicción: los artículos 4o. y 93, el primero de los cuales establece la je-

175 El término *bloque de constitucionalidad* fue importado a Colombia de la doctrina y jurisprudencia francesa y española, aunque aquí ha adquirido una fisonomía propia. Al respecto véase Favoreu, Louis “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5; De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988; Uprimny, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001; Ramelli, Alejandro, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad: recientes desarrollos jurisprudenciales”, en Montealegre, Eduardo (coord.), *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 63-75.

rarquía superior de la Constitución, mientras el segundo otorga a algunos tratados internacionales sobre derechos humanos carácter “prevalciente” en el ordenamiento. La Corte Constitucional, mediante el criterio hermenéutico de la armonía constitucional, ha entendido que, habida cuenta de la imposibilidad jurídica de la existencia de normas jerárquicamente superiores a la Constitución, la interpretación correcta del artículo 93 indica que tales tratados conforman un “bloque de constitucionalidad” que ostenta la misma jerarquía normativa de las normas constitucionales, y que, en tal sentido, complementa su articulado.¹⁷⁶

Si bien, en un principio la Corte sólo incluyó normas de derecho internacional humanitario y de *ius cogens* en el bloque de constitucionalidad, pronto se percató de que esta figura resultaba aplicable a otras normas jurídicas cuya jerarquía en el ordenamiento no había sido definida. Tal es el caso de las leyes orgánicas y algunas de las estatutarias, que por expreso mandato de la Constitución son los instrumentos por medio de los cuales el Congreso debe desarrollar, entre otros temas, la propia actividad legislativa, así como expedir las leyes relacionadas con los estados de excepción o el desarrollo de los derechos fundamentales.

La incorporación de estas normas internacionales, especialmente las relativas a los derechos humanos, ha jugado un papel vital en la dinámica constitucional, pues la Corte ha sido enfática al ratificar la jerarquía normativa superior que tienen estas normas, ya que no sólo las ha utilizado como límites constitucionales a la actividad legislativa,¹⁷⁷ sino que las ha empleado como criterios útiles para la interpretación de leyes¹⁷⁸ y ha reconocido su eficacia jurídica directa que se materializa en la solución de casos concretos.¹⁷⁹

176 Sentencia C-225 de 1995.

177 Así, en la sentencia C-317 de 2002, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del tipo penal de genocidio y tuvo como parámetros de constitucionalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, varias resoluciones de la ONU y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

178 En tal sentido, en la sentencia C-401 de 2005 la Corte utilizó normas recogidas en convenios de la OIT para definir el concepto de salario establecido en el código sustantivo del trabajo. De igual modo, en la sentencia C-327 de 1997, la institución de la detención preventiva establecida en el código penal fue interpretada y evaluada a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

179 En la sentencia T-568 de 1999 la Corte utilizó la figura del bloque de constitucionalidad como criterio definitivo, para otorgar aplicabilidad a una recomendación emitida por el comité de libertad sindical de la OIT y, de esa manera, amparó los derechos funda-

En el tema relativo a los derechos humanos se ha dado un proceso interesante de ampliación de su protección y una recepción más abierta de las normas que los consagran en el bloque de constitucionalidad. A pesar de que la jurisprudencia inicial de la Corte apuntaba a la limitación del bloque a los derechos denominados “intangibles”, esto es, a aquellos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción, en fallos posteriores¹⁸⁰ el alto tribunal dio una nueva lectura al artículo 93 de la Constitución, en virtud de la cual todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia se integran al bloque de constitucionalidad. Esta última posición jurisprudencial es de enorme valor, puesto que no sólo otorga valor constitucional a los tratados de derechos humanos, a algunos de los cuales con antelación sólo se les reconocía jerarquía legal, sino que permitió que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, bajo el entendido de que son éstos los intérpretes por excelencia de las normas internacionales, tuviera eficacia en nuestro ordenamiento y no fuese sólo un criterio auxiliar de interpretación.

13. *La reforma de la Constitución*

La facultad para elaborar y reformar la Constitución es la máxima expresión de poder político dentro de la sociedad. En principio, el poder constituyente le corresponde al pueblo, quien asume así su condición de constituyente primario. Pero también puede el pueblo delegar en algunos órganos la potestad de introducir reformas a la Constitución, con lo cual crea al constituyente delegado o secundario. Normalmente el constituyente delegado es un órgano representativo de la sociedad. La actual Constitución fue elaborada por una asamblea constituyente que fue elegida para este propósito por los ciudadanos. Su título XIII contiene las normas de procedimiento necesarias para proceder a su propia reforma. Existen tres vías para reformar la Constitución: por el Congreso, mediante un “acto legislativo”; por una Asamblea Constituyente, elegida popularmente para ese efecto, y por el pueblo, mediante referendo. En cualquiera de las anteriores vías de reforma tiene participación y poder de decisión el Congreso de la República.

mentales de los accionantes que se encontraban reconocidos en convenciones de este organismo.

¹⁸⁰ Sentencia T-483 de 1999.

El “acto legislativo”, denominación que se da a toda reforma de la Constitución introducida en exclusiva por el Congreso de la República, tiene un procedimiento de formación semejante al de las leyes, pero doblado, es decir, requiere doble discusión y aprobación por las cámaras. En Colombia, sin embargo, no ha sido esta condición una dificultad verdaderamente significativa, pues hasta el momento ya se han introducido veinte reformas, de las cuales una sólo lo ha sido mediante referendo y las restantes mediante “actos legislativos”.

Una asamblea constituyente es un órgano representativo de origen democrático, cuya función específica es reformar la Constitución, ya sea total o parcialmente. Para reformar la Constitución por este medio, el Congreso, mediante ley aprobada por mayoría absoluta, debe establecer su composición, las competencias que tendrá y el periodo de tiempo durante el cual funcionará, así como la atribución de que el pueblo, mediante el voto directo, decida si convoca o no a tal asamblea. Esta ley debe ser revisada previamente por la Corte Constitucional, para que ella decida previamente sobre su constitucionalidad formal. La convocatoria se produce si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los ciudadanos inscritos en el censo electoral. Ahora bien, la composición de dicho organismo debe representar de manera nítida todas las distintas corrientes políticas relevantes en el momento histórico en el que ha de surgir la reforma; que en tal sentido, la ley que convoca a la elección de sus miembros podrá reservar, si es el caso, curules o puestos a sectores minoritarios, actores en conflictos vinculados a procesos de paz, minorías étnicas, y a representantes de los organismos o entidades afectadas con el eventual cambio.¹⁸¹ Una vez que se eligen los miembros de la Asamblea se suspende la facultad reformativa del Congreso hasta que la misma sea disuelta y se hayan implantado las modificaciones programadas.

Por su especialidad frente al poder constituyente derivado reconocido al Legislativo, se ha entendido que la competencia asignada a la asamblea debe relacionarse con aspectos generales; *verbigracia*, reforma territorial, de justicia social, etcétera, y no con mandatos específicos o individualizados. En esa línea se entiende que sobre ella sí se puede otorgar la competencia general de reforma, y en este sentido asume el conocimiento de un proceso constituyente en estricto sentido.

¹⁸¹ Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés, *Límites de la reforma constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Por lo que alude al referendo, se han previsto dos clases en la Constitución. Uno aprobatorio y otro derogatorio. El aprobatorio es el sometimiento de un texto de reforma constitucional a votación popular, para que el pueblo decida directamente si lo aprueba o rechaza total o parcialmente. Por el contrario, se denomina referendo derogatorio al sometimiento a votación popular de un “acto legislativo” previamente aprobado por el Congreso de la República, para que éste decida si lo deroga o no. Para que tenga lugar una reforma constitucional por medio de un referendo aprobatorio, la Constitución impone que el texto que se somete a la votación popular (por iniciativa también popular o del gobierno nacional) sea previamente aprobado por el Congreso de la República, mediante una ley aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara, cuyo texto debe permitir que los electores puedan escoger libremente qué votan positivamente y qué votan negativamente. De allí que se haya previsto también la constitucionalidad formal ante la Corte Constitucional. La reforma constitucional queda aprobada si así lo resuelve el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y el número total de ciudadanos que acudan a la votación no sea inferior a la cuarta parte del censo electoral. En principio se podría señalar como exigencia del proyecto el cumplir con el requisito de la unidad de materia, a propósito de evitar que dentro de los proyectos se incluyan temas ajenos a los que se discute en la generalidad de la propuesta. Con todo, la Corte Constitucional ha entendido que tal condición se cumple aunque la propuesta incluya temas inconexos, puesto que todos ellos pueden estar soportados en un único propósito, cual es el de la modificación o alteración de los mandatos de la Carta.¹⁸²

El referendo derogatorio, a su vez, puede presentarse para resolver sobre el particular frente a los “actos legislativos” referidos a los derechos consagrados en el capítulo 1 del título II de la Constitución y sus garantías, a los mecanismos de participación popular o al Congreso de la República. Su convocatoria requiere que en los seis meses siguientes a la promulgación del “acto legislativo” lo solicite un número de ciudadanos no inferior al 5% de los que integren el censo electoral, y la reforma constitucional se tendrá por derogada, si así lo decide el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación participe al menos la cuarta parte del censo electoral.

182 Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

Cabe señalar, en fin, que los actos reformativos de la Constitución pueden ser susceptibles de acción pública de inconstitucionalidad, dentro del año siguiente a su promulgación, cuando se considere que concurren vicios de forma. Este limitante, empero, no ha sido óbice para que el juez constitucional haya determinado en doctrina constitucional reiterada,¹⁸³ que además de los anteriores, también cabe valorar por lo que se refiere a los actos de reforma constitucional tramitados ante el Congreso, si este último vulneró su competencia como constituyente derivado, al entender que el Congreso no se encuentra autorizado para sustituir la Constitución. Si bien la Constitución no establece cláusulas pétreas ni principios intangibles, tampoco autoriza expresamente su sustitución integral, aspecto que puede ser apreciado teniendo en cuenta que “la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan”, en particular, frente a los principios y valores que la Constitución contiene y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.¹⁸⁴ Estos aspectos no pueden ser alterados si no existe un consenso político que pretenda modificar el pacto constitucional en concreto, cuya vía sería la elaboración de un nuevo estatuto constitucional basado en otros valores.

183 Corte Constitucional, sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, y sentencia sobre la reelección presidencial.

184 Ramírez Cleves, Gonzalo, *op. cit.*, nota 181; Correa Henao, Magdalena, “Contra una reforma constitucional en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 13, diciembre de 2002.